Betrüglich vorgespiegelte Eigenschaften beim Kauf.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
- der juristischen Fakultät der -
Universität Breslau vorgelegt von

Johannes Heckert
Referendar.

Schlesische Druckerei und Verlagsanstalt Franz Beuchel
Hirschberg i. Schl., Franzstrasse 14.

Gedruckt mit Genehmigung der jur. Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Leonhard.

Korreferent: Professor Dr. Schott.

Meinen Eltern.

Literaturverzeichnis.

Baum: „Irrtum und Gewährleistung“ in der Deutschen Juristenzeitung 1902, No. 6.

Bechmann: Der Kauf nach gemeinem Recht, I. Teil, Geschichte des Kaufs im römischen Recht, Erlangen 1876. III. Teil, 2. Hälfte, System des Kaufs nach gemeinem Recht, Leipzig, 1908, herausgegeben von Oertmann.

Brinz: Lehrbuch der Pandekten, IV. Bd. Erlangen und Leipzig 1892.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts, Tübingen und Leipzig I. 1900, II. 1. u. 2. 1902.

Czyhlarz: Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts, Wien 1905.

Dernburg: Pandekten. Berlin, Bd. I. 1902, Bd. II. 1903.

Mommsen u. Krüger: Digesta justiniani augusti. 1870.

Eccius: „Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch“ in Gruchots Beiträgen, Bd. 43 S. 305 ff. Berlin 1899.

Engelmann: Das bürgerliche Recht Deutschlands mit Einschluss des Handelsrechts, Berlin 1909.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 19, 23, 42, 52, 53, 57, 58, 59, 61, 62, 63, 66 u. 70.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, I. Lesung, Berlin 1887.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, II. Lesung, II. Buch nach den Beschlüssen der Redaktionskommission. Berlin 1893.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch, München 1909.

Gaius: Institutiones, herausgegeben von Paulus Krüger und Guilelmus Studemund, Berlin 1884.

Gesterding: „7 Abhandlungen aus der Lehre vom Edikt der Aedilen über verkäufliche Gegenstände und besonders von der actio redhibitoria“ in der Zeitschrift für Zivilrecht und Prozess, Bd. VI, S. 1 ff. Giessen 1833.

Girard: Geschichte und System des römischen Rechts, deutsch von Robert von Mayr, Bd. I. u. II. Berlin 1908.

Glück: Ausführliche Erläuterungen der Pandekten, Erlangen, Bd. V, 2, 1799, XX, 1, 1819.

Gradenwitz: Anfechtung und Reurecht beim Irrtum, Berlin 1902.

Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 49.

Hanausek: Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware nach römischem und gemeinem Recht mit besonderer Berücksichtigung des Handelsrechts, Berlin, I. Abteilung, 1883, II. Abteilung, 1884.

Hänel: „Ueber das Wesen und den heutigen Gebrauch der actio und exceptio doli“ im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. XII, S. 408 ff. Heidelberg 1829.

Ihering: Geist des römischen Rechts, III, 1, Leipzig, 1888.

Juristische Wochenschrift. 1902, 1903, 1904, 1905, 1907 u. 1908.

Lenel: „Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften" in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 44, S. 1 ff. Jena 1902.

R. Leonhard: Der Irrtum als Ursache nichtiger Verträge. Teil 1 u. 2 Breslau 1907.

Mitteis: „Zur Lehre von der Ungiltigkeit der Rechtsgeschäfte" in den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Bd. 28, S. 121 ff. Jena 1889.

Mitteis: Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians. Band 1 und 2. Leipzig 1908.

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich, Bd. II, amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig, 1888.

Müller: Die Vollziehung der Wandlung, Diss. Breslau, 1909.

Mommsen: Ueber die Haftung der Contrahenten bei der Abschliessung von Schuldverträgen. Braunschweig 1879. Heft 2 der Erörterungen aus dem Obligationenrecht.

Neustetel und Zimmern: Römischrechtliche Untersuchungen für Wissenschaft und Ausübung, Abhandlung IX, Heidelberg 1821.

Oertmann: Das Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch, Berlin I. 1903, II. 1907.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. I. Berlin 1897.

Puchta: Vorlesungen über das heutige römische Recht, herausgegeben von Rudorff, Leipzig Bd. I. 1873, Bd. II. 1874.

Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, Bd. VIII. Leipzig 1904.

von Savigny: System des heutigen römischen Rechts, Berlin, Bd. I u. III. 1840.

Schlossmann: Zur Lehre vom Zwang, Leipzig 1874.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, Bd. 11, 36, 43.

Sintenis: Das praktische gemeine Zivilrecht, Leipzig, Bd. I. 1868, Bd. II. 1868.

Sprenger: „Ueber dolus causam dans und incidens" im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 88, S. 359 ff.

Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch I. 1903, II, 1. u. 2. 1908.

Simeon: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I. 1, Berlin, 1908.

Sohm: Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts, Leipzig 1908.

Steinitz: Die Voraussetzungen der Rechte auf Wandelung und Minderung, Diss. Breslau, 1901.

Unterholzner: „Von dem Verkauf mangelhafter Sachen", im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. VI. S. 60 ff. Heidelberg, 1823.

v. Vangerow: Lehrbuch der Pandekten, Marburg u. Leipzig, Bd. III. 1869.

Windscheid-Kipp:L ehrbuch des Pandektenrechts, Frankfurt a. M., 1906, I. u. II. Band.

Wlassak: Der Ursprung der römischen Einrede. Sonderabdruck aus der Festgabe der Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit in Österreich zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum von Leopold Pfaff. Wien, 1910.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. § 1. Einleitung. 1

B. Der Schutz des Käufers beim Fehlen solcher Eigenschaften der Kaufsache, deren Vorhandensein der Verkäufer beim Vertragsschlusse, betrüglich vorgespiegelt hat.

I. Klagen:

a) im römischen Recht:

§ 2. bei der mancipatio: 2
actio de modo agri,
actio ex stipulatu.

§ 3. bei dem formlosen Barkauf von res nec mancipi: 9
actio ex stipulatu.

§ 4. bei der emptio-venditio des klassischen Rechts: 9
a. Schutz durch das Zivilrecht,
actio emti.
b. Schutz durch das honorarische Recht,
actio redhibitoria,
actio quanti minoris,
actio doli, in integrum restitutio.

b) im gemeinen Recht:

§ 5. Spezialklagen aus dem Kauf, 17
a. beim Spezieskauf,
b. beim Genuskauf.

§ 6. Gegen Betrug im allgemeinen gerichtete Rechtsbehelfe, 20
a. Anfechtung,
b. actio doli.

c) im B. G. B.:

§ 7. der Schutz aus § 463, 27

§ 8. der Schutz aus § § 123 u. 119 Abs. 2., 29

§ 9. der Schutz aus § 826, 33

§ 10. der Schutz aus § 480. 36

II. Einreden:

§ 11. Die exceptio doli. 36

§ 12. Die exceptio non rite adimpleti contractus. 41

C. § 13. Schluss. 42

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548201_0049

§ 1.

Neben der ersten und vornehmsten Pflicht des Verkäufers einer Sache, diese dem Käufer zu übergeben und ihm das Eigentum an ihr zu verschaffen, kennt das heutige bürgerliche Recht die sogenannten „Gewährleistungspflichten" des Verkäufers, deren Erfüllung häufig mit grösseren Schwierigkeiten verbunden ist als die der anfangs genannten Verpflichtungen und daher auch verhältnismässig öfter den Gegenstand von Rechtsstreitigkeiten unter den Parteien bildet: das ist die Haftung des Verkäufers für Rechts- und Sachmängel. Letztere insbesondere, deren Bedeutung darin besteht, dass der Verkäufer bald für das Vorhandensein gewisser Eigenschaften, bald für deren Abwesenheit einzustehen hat, ist verschieden, je nachdem es sich um gewissermassen selbstverständliche, zum Begriffe der gekauften Sache nach den Verkehrsanschauungen gehörende oder um vom Verkäufer ausdrücklich zugesicherte Eigenschaften handelt. In jedem Falle begründet eine solche Garantieübernahme eine strengere Haftung. Ihren höchsten Grad erreicht sie, wenn der Verkäufer beim Vertragsschluss „das Fehlen bestimmter Eigenschaften zwar kennt oder doch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie fehlen, sich gleichzeitig auch bewusst ist, dass der Käufer bei Kenntnis der wahren Sachlage den Vertrag nicht schliessen oder die Sache nicht als Erfüllung annehmen werde"[1]), wenn er aber trotzdem ihr Vorhandensein vorspiegelt. Die Bestimmungen, die das B. G. B. zum Schutze des Käufers gegen betrügliche Vorspiegelungen fehlender Eigenschaften durch den Verkäufer aufstellt, gehen in ihren Anfängen bis auf das älteste römische Recht zurück und bilden das Ergebnis einer Jahrhunderte langen Entwickelung jener Rechtssätze und ihrer Verschmelzung mit deutsch-rechtlichen Anschauungen während der Geltungszeit des gemeinen Rechts.

---

[1]) E. R. G. 62. S. 300.

§ 2.

Ein schon lange vor den 12 Tafeln bekanntes strenges Formalgechäft war die mancipatio. Im klassischen Recht infolge der Umwandlung des Geldwesens nur noch als Abbild eines wirklichen Kaufs oder wie Gaius, Institutiones I, § 119 sagt, als imaginaria quaedam venditio bekannt, deuten ihre Formen darauf hin, dass sie ursprünglich ein wirklicher Kauf gewesen ist; „so waren vor allem die Zuziehung des libripens, das Erz und die Wage unerlässlich zur Veräusserung in einer Zeit, in der es noch kein vom Staate geschlagenes oder gegossenes Geld gab und die mancipatio ganz einfach ein Barkauf war, Austausch einer Ware gegen ein bestimmtes Gewicht Erz“[1]). Unter der Voraussetzung, dass der Verkäufer selbst Eigentümer war, verschaffte sie dem Käufer das quiritische Eigentum an der Kaufsache. Zu prüfen bleibt noch, ob mit der Herbeiführung dieser dinglichen Wirkung die Rechtsfolgen der mancipatio erschöpft sind, oder ob an ihre Vornahme noch weitere, und zwar obligatorische Wirkungen geknüpft sind, die den Verkäufer haftbar machen, wenn die Kaufsache nicht die vertragsmässige Beschaffenheit besitzt oder dritte Personen ihnen zustehende Rechte geltend machen. Die Quellen (Paulus S. R., 2, 17, 3 und 4 und 1, 19, 1; Scaevola D, 21, 2 de evict. 69) überliefern bei der mancipatio zwei Klagen: die actio auctoritatis und die actio de modo agri. Ihr Unterschied liegt darin, dass erstere — um es mit neueren Rechtsausdrücken zu bezeichnen — wegen eines Mangels im Recht, letztere wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft gegeben war.

Zur näheren Abgrenzung des in den Rahmen dieser Abhandlung fallenden Stoffes dürfte hier eine Untersuchung darüber am Platze sein, ob Rechtsmängel überhaupt zu den Eigenschaften einer Kaufsache zu rechnen sind. Geht man zunächst von der negativen Seite aus, so ist, wenn es der Fall wäre, der Grund nicht einzusehen, weshalb die Rechtswissenschaft stets einen Unterschied zwischen beiden Haftungsarten gemacht hat.

---

[1]) Girard: Geschichte und System des römischen Rechts in der Robert von Mayr'schen Uebersetzung. I. S. 313.

Ueberall findet man in der juristischen Literatur — und diese Scheidung ist nicht willkürlich, beruht vielmehr auf einer Vergleichung und Zusammenstellung der zu Grunde liegenden Quellentexte — zunächst eine Haftung für Rechtsmängel, die dann eintritt, wenn der Käufer nicht in die Beziehung zur Kaufsache gebracht ist, die als essentiale des Kaufs gilt, mag sie nun in der Verschaffung des Eigentums an der verkauften Sache oder, wie im römischen Recht, nur im habere licere praestare bestehen. Ist dieser Erfolg nicht erreicht, weil ein Dritter ein Recht an der Sache hat, das der Verkäufer nicht beseitigt hat, so bleibt er wegen dieses Mangels haftbar. Sachmängel können dagegen vorliegen, — abgesehen davon, dass sie mit Rechtsmängeln zusammentreffen — wenn zwar der Käufer in die dem Recht entsprechende Beziehung zur Kaufsache gebracht ist, wenn ihn also niemand an der Ausübung seiner Eigentümer- oder sonstigen Befugnisse hindern würde, wenn aber der Kaufsache selbst Fehler anhaften, die ihren ordnungsgemässen oder vertragsmässigen Gebrauch erschweren oder überhaupt vereiteln; hier sind dem Käufer besondere Rechtsbehelfe wegen Sachmängel gegeben. Schon aus dieser Zweiteilung lässt sich der Schluss ziehen, dass, sobald es sich um Geltendmachung von Ansprüchen wegen Eigenschaften der Kaufsache handelt, die für Rechtsmängel gegebenen Rechtsbehelfe ausser Betracht bleiben müssen, dass ein Mangel im Recht nicht als eine Eigenschaft der Sache gilt.

Positiv hat nun auch die Rechtsprechung selbst festgestellt, was sie als Eigenschaften einer Kaufsache betrachtet wissen will; in E. R. G. 52, S. 2, heisst es: „Es ist vom Reichsgericht in feststehender Rechtsprechung an dem auch in der Rechtslehre nicht angezweifelten Rechtssatze festgehalten, dass unter den Begriff der Eigenschaften nicht nur die natürlichen der Sache an sich zukommenden Eigenschaften, sondern auch solche tatsächliche und rechtliche Verhältnisse fallen, welche zufolge ihrer Beschaffenheit und vorausgesetzten Dauer nach den Verkehrsanschauungen einen Einfluss auf die Wertschätzung der Sachen zu üben pflegen". Zur Illustration mögen einige

Beispiele aus den Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe dienen: bei verkauften Häusern die Mietserträgnisse, E. R. G. 52, S. 1; Zusicherung eines bestimmten künftigen Umsatzes, O. L. G. 8, S. 65, die Höhe der Brandversicherung E. R. G. 54, S. 219 etc. Nie aber ist ein Mangel im Recht als eine fehlende Eigenschaft der Kaufsache angesehen worden.

Um nunmehr zur mancipatio zurückzukehren, so diente bei ihr, wie gesagt, die actio auctoritatis in der Hauptsache zum Schutze des Käufers gegen die rei vindicatio eines Dritten — wir lassen sie daher im folgenden unberücksichtigt und wenden uns zunächst der actio de modo agri zu. Schon der Name sagt, dass sie gegeben war, „wenn eine bestimmte Grösse des manzipierten Grundstückes zugesichert war, die es in Wirklichkeit nicht hat".[1]) Indem Bechmann und Hanausek den Satz aufstellen, „die Grösse eines Grundstückes sei keine gewöhnliche Eigenschaft, es fehle vielmehr ein Stück des Eigentums, wenn das zugesagte Flächenmass unvollkommen sei,[2]) verleihen sie der actio de modo agri einen dem der actio auctoritatis ähnlichen Charakter. Ob dies den Anschauungen der alten Römer entspricht, erscheint fraglich. Zwar hat es, besonders wenn man die Rechtsfolgen ins Auge fasst, den Anschein, als sei die actio de modo agri für einen concreten Fall gewissermassen kasuistisch, nach dem Vorbild der in ihrem Anwendungskreis nicht also beschränkten actio auctoritatis geschaffen. Daraus folgt aber nicht mit Notwendigkeit, dass sie die gleiche rechtliche Natur trägt. Im Gegenteil, die Römer hätten es m. E. im glücklichen Besitz der actio auctoritatis zur Erreichung des von der actio de modo agri verfolgten Zieles durchaus nicht nötig gehabt, eine n e u e Klage mit der rechtlichen Grundlage der ersteren zu schaffen. Vorausgesetzt, dass sie das Fehlen der zugesicherten Grösse eines Grundstückes als ein fehlendes Stück des Eigentums betrachteten, war doch nichts einfacher und natürlicher, als die actio auctoritatis, die der

---

[1]) Girard in der Robert von Mayr'schen Uebersetzung 1. S. 315.

[2]) Hanausek: Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware. I. 1. S. 42, Anm. 6. Bechmann: Der Kauf nach gemeinem Recht. I. S. 247.

rei vindicatio gegenüber, also beim Fehlen des „ganzen" Eigentums dem Käufer ihre Hilfe bot, auch in diesem gewissermassen nur der Quantität, nicht aber der Qualität nach verschiedenen Falle zuzulassen. Es schien ihnen ja unbedenklich, ihre Anwendung für den Fall, dass ein uti optimus maximus manzipiertes Grundstück mit Dienstbarkeiten belastet war, und in ähnlichen Fällen zu gestatten.

Wenn die Römer gerade das Fehlen der zugesicherten Grösse eines Grundstückes ausschieden und eine besondere Klage schufen, so spricht dies dafür, dass ihr Empfinden das Verhältnis des Käufers zur Kaufsache und zum Verkäufer in diesem Falle juristisch anders beurteilte, als wenn z. B. das Kaufobjekt mit Servituten belastet war. Dann sind aber auch die den Rechtsverhältnissen entspringenden Klagen verschiedener rechtlicher Natur. Schon die Verwendung der Namen weist auf die Verschiedenheit des Charakters und der juristischen Grundlage der Klagen hin:

actio auctoritatis: Gewährleistungsklage, gegründet auf das durch den Kauf zwischen den Kontrahenten geschaffene Rechtsverhältnis.

actio de modo agri: Klage um das Flächenmass eines Grundstückes, gegründet allein auf die Tatsache, dass die versprochene Grösse nicht vorhanden ist.

Abgesehen aber von diesem rein äusserlichen Gesichtspunkt möchte ich als Ergebnis der vorhergehenden Ausführungen im Gegensatz zu Bechmann und Hanausek den Satz aufstellen: Die Existenz der beiden mehrfach genannten Klagen nebeneinander bedeutet einen schwachen Anfang jenes in der späteren Literatur und Rechtsprechung weiter entwickelten und durchgeführten Unterschiedes zwischen den Rechts- und Sachmängeln. Die actio de modo agri ist, jedenfalls der Ueberlieferung nach, die Mutter der Sachmängelklagen.

Worauf war die actio de modo agri gerichtet und welches war ihr Rechtsgrund? Bei Paulus: Sententiae II, 17,4 heisst es: distracto fundo si quis de modo mentiatur in duplum eius, quod mentitus est, officio judicis aestimatione facta convenitur, d. h. die Klage ging auf den „doppelten

Betrag der Differenz, worüber zunächst, wenn nötig, das Gutachten des Agrimensor einzuholen war.“[1])

Gerade dieses duplum war es, das u. a. auch Girard und Ihering[2]) zu der Auffassung führte, dass die actio de modo agri ebenso wie die actio auctoritatis eine reine Deliktsklage sei, die den Verkäufer als Strafe treffe, weil er gleichsam als „Dieb“ den Käufer um den Mehrbetrag des Kaufpreises gebracht habe. Ich möchte mich mit Bechmann dahin entscheiden, dass beide Klagen zivilrechtlicher Natur sind, auf der obligatorischen Seite der mancipatio beruhend, und dies, wie folgt, begründen.

In denjenigen Teil der mancipatio, der den Namen nuncupatio führt und der in seiner einfachsten Form: „hanc rem e. I. Q. meam esse aio eaque mihi empta esto hoc aere aeneaque libra“ lautet, konnten schon nach altem Zivilrecht noch besondere, dem Wesen des Barkaufs nicht widersprechende Bestimmungen aufgenommen werden, u. a. auch der modus agri. In der nur vom Erwerber gesprochenen nuncupatio erklärt dieser also, dass er das Grundstück in der bestimmten Grösse um den bestimmten Preis kaufe. Der Manzipant, dessen Anwesenheit notwendiges Erfordernis ist, hört und weiss also, unter welchen Voraussetzungen der Gegenkontrahent die Wirkungen der mancipatio auf sich nehmen will; ist ihm nun gleichzeitig bekannt, dass die wirkliche Sachlage den Erwartungen des Käufers nicht entspricht, dass das bezeichnete Grundstück die angegebene Grösse nicht hat, so liegt in seinem Stillschweigen, dem Zustandekommenlassen der mancipatio und der Annahme des Kaufpreises ein zivilrechtlicher dolus in dem anfangs angegebenen Sinne. In dem Akte der mancipatio ist zwar an sich kein Raum für Erklärungen des Manzipanten; eine Angabe über die Grösse des gekauften Grundstückes seitens des Käufers in der nuncupatio ist aber nur denkbar auf Grund vorhergehender formloser Vereinbarungen, denen dann der Formalakt mit der rechtsgeschäftlichen Wirkung folgen soll; hier ist ganz natür-

---

[1]) Bechmann, a. a. O. I. S. 249.

[2]) Girard, a. a. O. I. S. 313, 315. Ihering, Geist des römischen Rechts III, 1, S. 141.

licherweise der Platz für die Zusicherungen des Verkäufers gewesen. Sie bilden aber nicht den Abschluss des eigentlichen Kaufs; dieser liegt vielmehr in der freilich unter Bezug auf sie stattfindenden mancipatio. Bei ihr äussert sich der dolus des Verkäufers in seinem völlig passiven Verhalten, das man als stillschweigende Fortsetzung jener unwahren Zusicherungen oder vielleicht richtiger als arglistiges Verschweigen der wahren Grösse bezeichnen kann. Gerade diese beiden Mittel, deren darum auch in der Literatur und Gesetzgebung vielfach besonders gedacht wird, sind es, die in der Mehrzahl der Fälle dazu dienen sollen, in dem Vertragsgegner den Glauben an die Existenz dieser oder jener Eigenschaften zu erregen oder zu unterhalten, ihm m. a. W. ihr Vorhandensein vorzuspiegeln.

So unzweifelhaft es ist, dass die actio de modo agri den Zweck verfolgte, den Käufer gegen einen dolus des Verkäufers zu schützen, so bedenklich ist es m. E., dieses Verhalten zum Rechtsgrund der Klage selbst zu erheben und ihr dadurch den Charakter einer Deliktsklage zu verleihen. Denn hätten die Römer in diesem einen Falle den dolus des Verkäufers als Klagfundament anerkannt, so hätten sie dies, um unhaltbaren Widersprüchen ihres Rechtslebens zu begegnen, allgemein tun müssen. Dass ihnen aber, um beim Kauf stehen zu bleiben, eine ohne weiteres eintretende Verantwortung des Verkäufers selbst bei dolosem Verhalten unbekannt war, ergibt sich insbesondere daraus, dass der Käufer bei der Manzipation anderer Sachen als von Grundstücken sowie beim formlosen Kauf jener Zeit sich zu seinem Schutze besonderer Mittel bedienen musste, die ihrerseits erst die Haftung des Verkäufers begründeten. Was in diesen Fällen auf Umwegen erreicht wurde, war bei der Zusicherung der Grösse eines Grundstücks ausnahmsweise Folge der mancipatio allein; als wahrer Rechtsgrund der actio de modo agri ist daher auch nur sie zu betrachten. Möglich ist, dass bei der Festsetzung der Höhe des vom Verkäufer zu ersetzenden Betrages sein doloses Verhalten mit in Betracht gezogen worden ist.

Damit ist aber nicht gesagt, dass dem Käufer im übrigen jeder Schutz gegen betrügliche Vorspiegelungen des Verkäufers versagt war; nur aus der mancipatio konnte

er ihn nicht herleiten, sie diente nur als Grundlage obigen Rechtsbehelfs. Wurden andere Eigenschaften der gekauften Sache in die nuncupatio aufgenommen — und Bechmann[1]) ist auch der Ansicht, dass z. B. die Formel: „isque homo mihi emptus esto sanus furtis noxisque solutus etc." durchaus nicht als unstatthaft gelten könne — so waren doch solche Zusätze „irrelevant", sie zeitigten keine Ansprüche auf Gewährleistung dessen, was sie enthielten. Nun finden wir aber bei Varro de R. R. II, 11, 5, 11 und II, 10, 5 „die Beschreibung eines effektiven Manzipationskaufes"[2]) von boves und servi, der uns lehrt, wie sich der Käufer gegen betrügliche Vorspiegelungen von Eigenschaften schützen konnte. „Was die Haftung für Mängel anlangt," sagt Bechmann, „wurde dieser Kauf genau so vorgenommen, wie der von res nec mancipi, nicht durch Nunkupation, sondern durch eine ganz bescheidene Sponsion". Fehlten der Kaufsache dann die zugesicherten Eigenschaften, so haftete der Verkäufer mit der actio ex stipulatu auf das simplum der Wertdifferenz. Durch die Stipulation wurde der Verkäufer dem Formalismus des alten Rechts entsprechend seinen Worten gemäss verpflichtet, und es machte keinen Unterschied, ob er selbst um die Unwahrheit seiner Angaben wusste oder nicht. Es war demnach möglich, dass der Verkäufer, obwohl er seine Zusicherungen in gutem Glauben gemacht hatte, dennoch in Anspruch genommen wurde. Die actio ex stipulatu richtete sich also nicht ausschliesslich, wenn auch praktisch jedenfalls in der Mehrzahl der Fälle, gegen einen dolus des Verkäufers.

Der Abschluss des eigentlichen Kaufs, die mancipatio, und derjenige der Stipulation sind juristisch streng auseinanderzuhalten. Eine Haftung für die Eigenschaften der Kaufsache gründet sich nur auf die letztere; daher ist auch als massgebender Zeitpunkt, in welchem der dolus des Verkäufers vorhanden sein muss, der Abschluss der Stipulation zu erachten. Ein betrügliches Vorspiegeln von Eigenschaften beim Kaufabschlusse selbst würde, da sich aus diesem allein in keinem Falle Ansprüche herleiten lassen,

[1]) Bechmann, a. a. O. I, S. 249.
[2]) Bechmann, a. a. O. I, S. 272.

ohne Einfluss sein. Streng genommen schützt also die actio ex stipulatu nicht gegen einen dolus bei der mancipatio, sondern bei der gelegentlich derselben vorgenommenen Stipulation. In der Regel werden sich aber beide Akte derart unmittelbar aneinander angeschlossen haben, dass sie zu Teilen eines sozusagen qualifizierten Kaufes herabsanken.

§ 3.

Nicht alle Sachen eigneten sich zum Verkauf durch die feierliche mancipatio; ihre Anwendung beschränkte sich, d. h. sie war als propria alienatio rerum mancipi (Ulpian 19, 3) nur zulässig, aber auch erforderlich zur Veräuserung der sog. res mancipi. Der Verkauf aller übrigen Sachen vollzog sich in einfacher formloser Weise durch unmittelbaren Austausch von Ware gegen Geld. Die Wirkung dieser blossen Tradition der Kaufsache gegen Bezahlung des Preises war der der mancipatio insofern gleich, als auch durch sie Eigentum übertragen wurde; eine Haftung für Rechts- oder Sachmängel begründete sie aber in keinem Falle. Kam es dem Käufer also auf bestimmte Eigenschaften an, so musste er sich diese stipulieren lassen. Entsprachen die Zusagen dann nicht der Wirklichkeit, so gewährte die actio ex stipulatu den Anspruch auf das Interesse, und zwar in gleicher Weise bei dolosem wie bei nicht dolosem Verhalten des Verkäufers, worauf bereits hingewiesen worden ist.

§ 4.

Bediente man sich nicht der Stipulation, so waren bei dem Kauf in seiner bisher behandelten Gestalt als Bargeschäft die dem realen Austausch von Ware und Geld vorangehenden oder ihn begleitenden Zusicherungen bedeutungslos. Sie bildeten sozusagen nur „faktische Vorbereitungen“ des Rechtsgeschäfts ohne rechtliche Bedeutung, „während der rechtlich erhebliche Wille des Austausches seinen Ausdruck in dem realen und zur Einheit zusammengeschlossenen Austausch selbst fand“.[1]) Die Entwickelung in der Folgezeit, die, um allen Bedürfnissen eines weit verzweigten Verkehrs gerecht zu werden, auf die Gewährung

[1]) Bechmann a. a. O. I, S. 417.

gegenseitigen Kredits angewiesen war, brachte es mit sich, dass dieser Austausch seinen ursprünglich einheitlichen Charakter dadurch verlor, dass die Tradition der Kaufsache und die Zahlung des Kaufpreises zeitlich oft weit auseinander fielen. Da sich der Kauf auf diese Weise in zwei selbständige Hälften zu zerspalten drohte, suchte man nach einem sie einigenden Bande und fand dies in jenen Vereinbarungen. So wuchs ihre Bedeutung bald derart, dass man in ihnen den eigentlichen Kauf erblickte, während die beiderseitigen Leistungen zu Vollzugshandlungen des vorangehenden obligatorischen Consensualkontraktes herabsanken.

Wie auf den meisten Rechtsgebieten, so hat auch auf dem des Kaufs das honorarische Recht, hier vor allem das der kurulischen Aedilen, ändernd in das bestehende Rechtsleben eingegriffen. Sie sind es gewesen, die den Schutz des Käufers gegenüber dem bisherigen Recht bedeutend erweitert haben. Daneben bestehen die Normen des Zivilrechts, die auch eine der fortschreitenden Rechtsentwicklung entsprechende Aenderung erfahren haben. So stützt sich im klassischen römischen Recht der Schutz des Käufers einmal auf die Vorschriften des Zivilrechts und zum anderen auf die strengeren Sätze des Edikts der kurulischen Aedilen.

Der Kauf, als Consensualkontrakt des klassischen Rechts, trug den Namen emptio-venditio; die ihm entspringenden Klagen waren die actio venditi des Verkäufers und die actio emti des Käufers, deren Hauptzweck auf Zahlung des Kaufpreises durch den Käufer und auf Tradition der Kaufsache durch den Verkäufer gerichtet war. Gleichzeitig bedeutete die Geburt der letzteren Klage einen gewaltigen Fortschritt für die Entwicklung der Sachmängelhaftung des Verkäufers. Denn einmal brachte sie in formeller Beziehung eine Erleichterung insofern, als die Stipulation ihre bisherige Eigenschaft als einzige Grundlage einer Verantwortung des Verkäufers für seine Zusagen verlor; erfüllte doch die actio emti, gestützt auf die — auch formlosen — Vereinbarungen der Contrahenten beim Kaufabschluss die gleiche Aufgabe. Zum anderen erweiterte sie auch in materieller Hinsicht den Schutz des Käufers im Ver-

gleich zu den früheren Zeiten. Denn während das ältere Recht streng daran festhielt, nur wegen ausdrücklich übernommener Verbindlichkeit eine Haftung eintreten zu lassen, erkannte das Zivilrecht bald, dass dem dolus des Verkäufers immer noch Tor und Tür offen standen, und dehnte das Anwendungsgebiet der actio emti zunächst auf den Fall aus, dass der Verkäufer einen ihm bekannten Mangel arglistig verschwieg.

Zwar ist in den Quellen, und zwar bei Cicero de officiis III, 16, § 65, eine Haftung für arglistig verschwiegene Mängel nur beim Grundstückskauf erwähnt. Neustädtel[1]) in seinen römisch-rechtlichen Untersuchungen vertritt aber die Ansicht, dass die bona fides die Anwendung dieses Grundsatzes auch für den Verkauf von Mobilien verlangt habe, und will die „Autorität des Cicero" allein nicht zu dem Schluss berechtigen lassen, dass die actio emti beim Verkauf beweglicher Sachen einem arglistigen Verschweigen gegenüber versagt habe. Er kann allerdings ebensowenig wie Unterholzner[2]) Quellen zur Verteidigung seiner Ansicht anführen: beide können sich nur auf die „Unwahrscheinlichkeit" eines derartigen Zwiespalts in der Behandlung der Kaufgegenstände stützen. Und in der Tat, eine solche Beschränkung hätte die Bestrebungen der actio emti illusorisch gemacht. Denn im prinzipiellen Gegensatz zu den ädilitischen Rechtsmitteln, deren Geltendmachung von irgend einem Verschulden des Verkäufers nicht abhing, bildete ein dolus auf Seiten des Verkäufers ihre notwendige Voraussetzung. Der Nachweis seines Vorhandenseins war demnach zur Begründung der Klage erforderlich, gleichzeitig aber auch genügend. Zwar hat man daraus, dass in den Quellen die Anwendung der actio emti nur für Fälle vorgesehen ist, in denen der dolus bestimmte Formen annimmt, wo er sich nämlich entweder in eine ausdrücklich oder stillschweigend erteilte dolose Zusage kleidet (z. B. l. 4 pr. de A. E. V.; l. 45 de C. E.) oder sich hinter einem arglistigen Verschweigen verbirgt (z. B. l. 11 § 5 de A. E. V.; l. 35 § 8 de C. E.), den Schluss ge-

[1]) Neustädtel-Zimmern, Untersuchungen, S. 159/160.
[2]) Unterholzner im Arch. f. ziv. Praxis, VI. S. 65.

zogen, der Schutz der actio emti sei auf diese besonders genannten Fälle zu beschränken. Wäre diese Folgerung richtig, so müsste man die Frage, ob die actio emti ein allgemein gegen betrügliche Vorspiegelungen des Verkäufers gerichtetes Rechtsmittel gewesen sei, verneinen; denn es ist auch möglich, dass sich der dolus in andere als die genannten Gewänder kleidet. Klammert man sich aber nicht so ängstlich nur an den Wortlaut der Quellen, berücksichtigt man vielmehr auch Motiv und Zweck der fraglichen Bestimmungen, so findet man unverkennbar als gemeinsames Merkmal das von dem Verlangen nach Verkehrssicherheit getragene Bestreben, dem Betrug als solchem, gleichgiltig in welcher Gestalt er auftritt, zu wehren. Dass die Quellen gerade jene beiden Formen ausdrücklich nennen, erklärt sich ganz einfach daraus, dass sich der dolus hinter ihnen praktisch jedenfalls in der Mehrzahl der Fälle betätigt. In Wirklichkeit aber sind jene Stellen dahin zu deuten, dass sie mit der actio emti ein Schutzmittel gegen jeden dolus ohne Rücksicht auf seine äussere Gestalt gewähren wollen. Diese im Wege der Interpretation gewonnene Annahme führt auch einzig und allein zu einem praktisch befriedigenden Resultat.

Zu untersuchen bleibt noch, worauf sie gerichtet war: sie verpflichtete, um es gleich vorweg zu nehmen, zur Leistung des vollen Interesses. Die Höhe des id quod interest war verschieden, je nachdem der Verkäufer sciens oder ignorans war. Im ersten Falle, der als alleiniger hier in Betracht kommt, bestimmt l. 13 pr. D. 19, 1: si vero sciens reticuit et emptorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestaturum ei. Es ist zwar aus 1. 11. § 3, D. 19, 1: „redhibitionem quoque contineri emti judicio et Labeo et Sabinus putant et nos putamus" der Schluss gezogen worden, dass mit der actio emti der Käufer nach ius civile jedesmal befugt sei, die Aufhebung des Kaufgeschäftes zu verlangen. Es erscheint fraglich, ob dieser Stelle eine derartige allgemeine Bedeutung beizulegen ist. Vorausgesetzt, dass der Vertrag an sich giltig ist, — bei einem nichtigen Vertrage ist ja weder eine Erfüllungs- noch Rescissionsklage denkbar — so folgt aus den sonstigen Quellenstellen, z. B. l. 6, § 4 D. 19, 1:

l. 13. pr. §§ 1—3 D. 19, 1; l. 57 § 1 D. 18, 1, dass die actio emti grundsätzlich unter Aufrechterhaltung des Kaufs den Verkäufer nur zum Ersatze desjenigen Interesses verpflichtet, das der Käufer an der vertragsmässigen Erfüllung hat; hierin liegt das praestare des Verkäufers für omnia detrimenta des Käufers, und es werden damit auch alle Fälle getroffen, in denen der Käufer trotz Kenntnis des dolus den Vertrag abgeschlossen hätte, vielleicht nur unter anderen Bedingungen, z. B. zu einem billigeren Preise.

Es ist aber möglich, dass ein Käufer, wenn er den wahren Sachverhalt gekannt hätte, überhaupt nicht contrahiert hätte. Hier besteht sein Interesse zunächst in der Aufhebung des Vertrages, und darauf wird auch seine Klage zu richten sein. Streng genommen müsste er in diesem Falle allerdings auch beweisen, dass er, wie es in l. 7 pr. D. de dolo 4, 3 heisst, in hoc ipso, ut emeret, circumscriptus sit. Nach herrschender Ansicht bedarf es aber dieses besonderen Beweises nicht, „wenn der Umstand, auf den die Täuschung sich bezog, so erheblich ist, dass man nach den Regeln einer vernünftigen Wahrscheinlichkeit annehmen muss, der Käufer würde den Vertrag nicht abgeschlossen haben, wenn ihm der wahre Sachverhalt bekannt gewesen wäre.“.[1]) Was den Gegenstand der actio emti in diesem Falle anlangt, so beschränkt sie Mommsen[2]) nicht nur auf die Aufhebung des Vertrages, nach seiner „auf die allgemeinen Grundsätze über die Folgen des dolus“ und auf l. 13 pr. D. 19, 1 gestützten Ansicht kann der Käufer vielmehr daneben das ganze negative Interesse in Anspruch nehmen. Mag dies richtig sein oder nicht, jedenfalls ist, worauf es hier ankommt, dargetan, dass der Käufer als Mindestes die Aufhebung des Vertrages verlangen kann; gleichzeitig aber ist in negativer Beziehung klargelegt, dass der Käufer diese Forderung nicht in jedem Falle eines dolus des Verkäufers stellen darf, sondern nur, wenn das vom Verkäufer geschuldete Eintreten für omnia detrimenta gerade in der Rescission des Vertrages besteht.

---

[1]) Mommsen: Ueber die Haftung der Contrahenten bei gegenseitigen Verträgen: Heft 2 der Erörterungen aus dem Obligationenrecht, S. 355.

[2]) Mommsen a. a. O. S. 144.

Da der Zweck aller dieser Bestimmungen darauf gerichtet war, dem dolus des Verkäufers zu steuern, machte sich noch eine andere Reform des älteren Rechts notwendig. War nämlich früher beim Abschluss des Kaufes dem Käufer bekannt, dass Eigenschaften, die der Verkäufer vorspiegelte, in Wirklichkeit nicht vorhanden waren, so blieb es ihm, obgleich er in Wahrheit garnicht getäuscht worden war, dennoch unbenommen, seine Ansprüche klageweise geltend zu machen. Das klassische Zivilrecht dagegen versagte einem derartigen Käufer, der überhaupt nicht getäuscht worden war, in konsequenter Durchführung seiner alleinigen Reaktion gegen den dolus die sonst dem Käufer zu Gebote stehenden Rechtsbehelfe.

Durch die actio emti wurde die alte actio ex stipulatu nicht verdrängt, vielmehr gestattet l. 19, § 2, D. 21, 1 dem Käufer ausdrücklich, sich das Vorhandensein bestimmter Eigenschaften durch besondere Stipulation versprechen zu lassen; ja die ädilitische actio redhibitoria übte in ihrer „formellen Funktion" sogar einen Zwang auf den dieselbe verweigernden Verkäufer aus, und zwar insofern, als der Prätor auf Antrag des Käufers dem Verkäufer ohne weiteres die Aufhebung des Vertrages in Aussicht stellte. Im Vergleich zur actio emti blieb aber ihre Anwendung stets auf den Fall beschränkt, dass ausdrücklich versprochene Eigenschaften fehlten.

Durch das Edikt der kurulischen Aedilen wurde die Haftung des Verkäufers wesentlich verschärft. Die ursprünglich nur für den Verkauf von Sklaven (l. 1 § 1, D. 21, 1) und Jumenten (l. 38 pr. D. 21, 1) erlassenen Bestimmungen, die den Verkäufer zur pronuntiatio gewisser (morbus et vitium), nicht offensichtlicher Mängel verpflichteten, erhielten in der Folgezeit eine bedeutende Erweiterung. Wie aus l. 1. pr., l. 48, § 6, l. 49 D. 21, 1 hervorgeht, wurden sie auf Käufe aller Art ausgedehnt und verpflichteten zur pronuntiatio von Mängeln, die den gewöhnlichen Gebrauch minderten oder vereitelten (l. 1, § 8 D. 21, 1: „quod usum ministeriumque impediat"). Erst damit waren die von den Aedilen besonders aufgestellten Rechtsbehelfe, die actio redhibitoria und quanti minoris, zu

solchen geworden, die dem Käufer bei allen Käufen zur Verfügung standen. Zum Unterschiede von der actio emti des Zivilrechts fehlte ihnen der Charakter einer eigentlichen Schadensersatzklage, was seinen natürlichen Grund darin hatte, dass sie ein Verschulden des Verkäufers nicht voraussetzten. Mit umso grösserem Recht konnte sie daher derjenige geltend machen, der von seinem Gegner getäuscht worden war. So wiederholten denn auch die Aedilen in ihrem Edikt diejenigen Fälle, in denen das Zivilrecht schon seine actio emti gewährte (man vergl. l. 1 § 1, i. f., l. 17, § 20; l. 38, § 10; l. 14, § 9 D. 21, 1). „In Beziehung auf diese Aufnahme der zivilrechtlichen Grundsätze über die Verantwortlichkeit des Verkäufers konnte in l. 19, § 2 D. 21, 1 gesetzt werden: qui ex empto potest conveniri, idem etiam redhibitoriis actionibus conveniri potest".[1]) Gegen betrügliches Vorspiegeln fehlender Eigenschaften schützte den Käufer also auch das Edikt.

Der Zweck, den die actio redhibitoria verfolgte, ergibt sich aus l. 21 pr. D. 21, 1: redhibere est facere, ut rursus habeat venditor quod habuerit, et quia reddendo id fiebat, idcirco redhibitio est appellata, quasi redditio; sie war m. a. W. auf Aufhebung des Kaufvertrages gerichtet. Gegen Rückerstattung der Kaufsache mit ihren Accessionen[2]), ihrem Zubehör und ihren Früchten[3]) beansprucht der Käufer Rückzahlung des Kaufpreises[4]) mit Zinsen[5]) seit Kaufabschluss und Ersatz des Schadens, der ihm durch die mangelhafte Beschaffenheit der Kaufsache erwachsen ist.[6]) Voraussetzung der Klage ist, dass der Käufer seinerseits zur Rückgewähr bereit und fähig ist. In diesem Falle geht die Verurteilung auf die obengenannten Leistungen des Verkäufers; „weigert sich der Verkäufer aber, die richterlich angeordnete Rückgängigmachung zu vollziehen, so erfolgt seine Verurteilung auf das Doppelte des Kaufpreises[7]).

[1]) Unterholzner, Arch. f. ziv. Praxis, VI. S. 66, Anm. 14.
[2]) l. 23, § 1, l. 24, D. 21, 1.
[3]) l. 23, § 9, D. 21, 1.
[4]) l. 25, § 10, D. 21, 1.
[5]) l. 29, § 2, D. 21, 1.
[6]) l. 31, pr. D. 21,1. Müller, die Vollziehung der Wandlung, Diss. Breslau 1909, S. 6.
[7]) Bechmann, a. a. O. I, S. 403. l. 45, D. 21,1.

Die actio quanti minoris hingegen liess den Kauf bestehen. Da sie also für den Käufer keine Verpflichtung zur Rückgabe der Kaufsache begründete, wird ihre Anwendbarkeit für ihn gerade in den Fällen willkommen gewesen sein, in denen er die Kaufsache schon veräussert, belastet oder sonst verändert hatte. Es war nur festzustellen, um wieviel weniger der Käufer bei Kenntnis des Mangels gegeben haben würde; natürlich durfte bei dieser Berechnung nicht schikanös verfahren werden, sondern es waren, da sich die Klage auf den Kauf, einen contractus bonae fidei stützte, die Grundsätze von Treu und Glauben zu berücksichtigen. Die Verurteilung des Verkäufers lautete auf Rückzahlung desjenigen Betrages, um den der gezahlte Kaufpreis den nunmehr ermittelten, dem Werte der Sache entsprechenden überstieg.

Neben diesen dem Kauf eigentümlichen Klagen begegnet uns zur Zeit Ciceros eine neue Klage, die der Prätor C. Aquilius Gallus in seinem Edikt proponierte, die actio doli. Wie schon aus dem Namen ersichtlich ist, war sie für den Fall gegeben, dass sich durch absichtliche Täuschung des einen Kontrahenten der andere zum Abschluss eines Rechtgeschäftes verleiten liess, unterlag aber nach dem Wortlaute des Edikts insofern einer bedeutenden Einschränkung, als sie nur subsidiärer Natur war; der Prätor versprach sie nur dann zu gewähren, wenn andere spezielle Rechtsbehelfe versagten: quae dolo malo facta esse dicentur, si de his alia actio non erit, et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo; l. 1. § 1, D. 4, 3. Intra annum utilem ging sie auf Ersatz des vollen Schadens; da nun in allen Fällen, in denen der Käufer über Eigenschaften der Kaufsache getäuscht worden war, die actio emti zu demselben Ziele führte, vor der actio doli auch noch den Vorteil hatte, dass sie erst nach 30 Jahren verjährt war, so kommt man, was das Verhältnis der actio doli zur actio emti anlangt, zu dem Ergebnis, dass die Kaufklage die Anwendbarkeit jener neben sich nicht duldete.

Dasselbe ist von der in integrum restitutio propter dolum zu sagen. Es ist zwar unter den iustae causae, die die Voraussetzung für die Gewährung der Wiederein-

setzung bilden, auch der dolus des Gegners genannt; die Quellen selbst setzen aber bezüglich der Anwendbarkeit der restitutio sets voraus, dass „kein anderes Rechtsmittel vorhanden sei, um das seine wiederzuerhalten oder sich sonst seines Schadens zu erholen".[1])

§ 5.

Ueberspringen wir den Zeitraum von einigen Jahrhunderten und versetzen uns in das Gebiet des deutschen Reichs, so werden wir die eben geschilderten Rechtssätze in fast unveränderter Gestalt wiederfinden, eine Tatsache, die ihre Erklärung darin findet, dass sich hier vom 14. bis 16. Jahrhundert derjenige Akt vollzogen hatte, der in der Rechtsgeschichte als Rezeption des fremden Rechts bezeichnet zu werden pflegt. Und gerade das römische Privatrecht bildete einen Hauptbestandteil dieses rezipierten Rechts und wurde mit den anderen teils fremden, teils einheimischen Rechtsquellen: dem corpus iuris canonici, den libri feudorum, den deutschen Reichsgesetzen und dem deutschen Gewohnheitsrecht zum sogenannten gemeinen, d. h. zu dem „für Deutschland als Deutschland, für Deutschland als ganzes geltenden Rechte."[2]) Da diese zuletzt genannten Quellen an privatrechtlichen und vor allem an obligationenrechtlichen Bestimmungen nicht gerade reich waren, so blieben die römischen Normen zum grössten Teil als Grundstock bestehen und erhielten nur durch den Lauf der Zeit notwendig gewordene, bisweilen völlig unerhebliche Abänderungen. So kommt denn auch Savigny[3]) in seinem System des heutigen römischen Rechts im § 2 des ersten Bandes zu dem Schluss, „dass eine Darstellung des heutigen römischen Rechts nur weniger Zusätze bedürfen wird, um zugleich als Darstellung des gemeinen Rechts für Deutschland gelten zu können". Ebenso beginnt Hanausek[4]) das erste Kapitel seines Werkes: die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware, im gemeinrecht-

[1]) l. 7. pr., D. 4,3. Glück, Erläuterungen der Pandekten, V, 2, S. 515.
[2]) Windscheid-Kipp, Pandekten I, § 1.
[3]) Savigny, Systen des heutigen römischen Rechts, I. S. 5.
[4]) Hanausek, die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware nach römischem und gemeinem Recht. I. S. 65.

lichen Teil mit den Worten: „für das bürgerliche Recht sind bezüglich der Frage, in welchem Umfange der Verkäufer, abgesehen von Zusage und dolus, für eine bestimmte Beschaffenheit der Kaufsache zu haften habe, im allgemeinen die Bestimmungen des ädilitischen Edikts massgebend geblieben". Gerade der Schutz aber, den der Käufer gegen unwahre dicta und sonstigen dolus des Verkäufers genoss, ist nun hier von Interesse, und dies ist auch das Gebiet, auf welchem die gemeinrechtliche Wissenschaft einige Neuerungen geschaffen hat.

Die einst von Schilter in seiner Praxis iuris Romani in foro Germanico l. ex. 34, § 15 vertretene Ansicht, dass die Regeln vom Viehkauf gemeines Recht deutschrechtlicher Natur gewesen seien, ist als längst überwunden anzusehen[1]); wir haben es hier vielmehr mit partikularrechtlichen Bestimmungen zu tun, die, weil sie grösstenteils übereinstimmten, als allgemeines Recht bezeichnet werden können, während als gemeines Recht im eigentlichen Sinne auch hier das römische Recht galt, dessen Anwendung allerdings durch die vorgehenden Partikularrechte ausgeschlossen wurde.

Ihrem Gegenstande nach scheidet die gemeinrechtliche Jurisprudenz die Käufe streng in Spezies- und Genuskäufe, eine Trennung, die zwar schon dem römischen Recht bekannt war, aber zu keiner abweichenden Behandlung beider Arten führte. Beim Spezieskauf geht mit Abschluss des Vertrages die Gefahr des zufälligen Unterganges der Kaufsache mit ihren spezifischen Eigenschaften auf den Käufer über; dieser Zeitpunkt gilt demgemäss auch als massgebend für die Beurteilung der Verantwortlichkeit des Verkäufers für zugesagte Eigenschaften. Durch seine Zusage übernimmt der Verkäufer Garantie für ihr Vorhandensein. Fehlen sie aber in Wirklichkeit, so kann der Käufer mit der actio emti, wie im römischen Rechte, Ersatz jeglichen ihm erwachsenen Schadens verlangen. Daneben bleibt es ihm natürlich unbenommen, die ädilitischen Klagen anzustrengen, da diese ihm ja schon ohnehin auf Grund der

[1]) Vgl. Steinitz, die Voraussetzungen der Rechte auf Wandlung und Minderung, Diss. Breslau 1901, S. 20.

Fehlerhaftigkeit der Sache ohne Rücksicht auf besondere Zusagen zur Verfügung stehen.

Beim Genuskauf geht das periculum deteriorationis auf den Käufer erst mit dem Zeitpunkt der Konzentration über; wann dieser als gegeben zu betrachten ist, darüber streiten die verschiedensten Theorien. Stellen wir uns auf die im gemeinen Rechte herrschende Lieferungstheorie, so vollzieht sich die Konzentration mit dem Moment der Tradition der Kaufsache an den Käufer. Dieser Zeitpunkt muss also auch als massgebend gelten für die Berücksichtigung vorhandener oder fehlender Eigenschaften der Kaufsache. Sichert nun der Verkäufer schon beim Abschluss des Kaufs eine bestimmte Eigenschaft zu, so hat, wie Hanausek[1]) richtig lehrt, diese Erklärung eine doppelte Bedeutung. „Einmal verpflichtet sie den Verkäufer zur Lieferung einer so geeigenschafteten Sache; dadurch aber, dass der Verkäufer dem Käufer eine bestimmte Spezies behufs Erfüllung des Genuskaufs übermittelt, legt er dieser jene Eigenschaft bei und garantiert deren Vorhandensein.“ Auf dieser Doppelbedeutung des dictum beruht es auch, dass im Falle seiner Unwahrheit sich der Schutz des Käufers etwas anders gestaltet als beim Spezieskauf. Da die Zusicherung zunächst eine Verpflichtung begründet, so ist der Käufer befugt, bei Leistung nicht entsprechender Ware diese Verpflichtung als nicht erfüllt zu betrachten und „unter Ersatzforderung des durch die vertragswidrige Lieferung entstandenen Nachteils die Lieferung einer vertragsmässigen Ware zu beanspruchen.“[2]) Dieser Schutz wird dem betrogenen Käufer beim Genuskauf ausser den ihm auch beim Spezieskauf zustehenden Rechtsbehelfen gewährt; denn es bleibt ihm ja unbenommen, die Sache als Erfüllung anzunehmen und sich so zu verhalten, als wenn die gelieferte Kaufsache von vornherein als Spezies gekauft worden wäre.

Ueber alle übrigen Fälle, in denen der Verkäufer Eigenschaften der Kaufsache betrüglich vorspiegelt, ist kurz folgendes zu sagen. Der dolus muss sich beim Spezieskauf auf die eine bestimmte Kaufsache resp. ihre besonderen

---

1) Hanausek a. a. O. S. 75.
2) Hanausek a. a. O. S. 119.

Eigenschaften beziehen, beim Genuskauf dagegen auf das „Genus als solches bezw. alle in ihm enthaltenen Sachen,“ [1]) nicht auf die aus dem Genus auszuwählende und zu liefernde Spezies; im letzteren Falle läge überhaupt kein dolus in contrahendo vor, sondern ein dolus beim Uebergange der Gefahr, der sich beim Genuskauf eben erst mit der Konzentration vollzieht. In beiden Fällen gewährt das gemeine Recht als spezielle Kaufklage die actio emti, die den Kontrakt als solchen bestehen lässt und nur die nachteiligen Folgen durch Ersatz des entstandenen Schadens beseitigt. Wenn in diesem Falle beim Genuskauf kein Anspruch auf Leistung einer anderen Kaufsache zur Verfügung steht, so erklärt sich dies daraus, dass der Verkäufer hier durch kein dictum irgend eine besondere Verpflichtung übernommen hat, deren Nichterfüllung einen derartigen Anspruch rechtfertigen würde.

§ 6.

Im römischen Rechte traten neben den dem Kaufe eigentümlichen Klagen diejenigen Rechtsbehelfe völlig in den Hintergrund, die für Rechtsgeschäfte im allgemeinen gegeben waren, die nicht dem dolus bei einem bestimmten Vertrage entgegentreten, sondern den Grundsätzen von Treu und Glauben im ganzen Rechtsleben Eingang verschaffen sollten. Dieser Zustand änderte sich im gemeinen Recht, allerdings erst ganz allmählich; es herrschte in der Literatur und in der Rechtsprechung ein steter Kampf um das Verhältnis der allgemeinen zu den speziellen Rechtsmitteln: gilt Subsidiarität oder Koordination?

Fragen wir zunächst: was will derjenige, der sich dolos verhält, erreichen, welches ist m. a. W. der Zweck des dolus im allgemeinen, ohne Beziehung auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis?; so erhalten wir als Antwort: er will in einem anderen irrige Vorstellungen erwecken, um ihn zum Handeln oder zum Unterlassen einer Handlung zu bewegen. Der dolus ist also eine Reaktion gegen die Freiheit des menschlichen Willens, auf der sich die Sicherheit des ganzen rechtsgeschäftlichen Verkehrs aufbaut. Um sie nun zu erhalten, muss das Recht seinerseits in irgend einer Weise

[1]) Hanausek a. a. O. S. 126.

gegen diese Reaktion reagieren. Der Irrtum, auf dessen Erregung oder, falls er schon besteht, auf dessen Erhaltung der dolus gerichtet ist, kann verschiedener Natur sein: es kann sich um einen „Geschäftsirrtum" oder um einen „Motivirrtum" handeln (dieselbe Unterscheidung bei Dernburg, Pandekten I, S. 243). Ersterer liegt vor, wenn jemand eine Willenserklärung abgegeben hat, wobei er entweder das Erklärte oder die Erklärung nicht gewollt hat. Ein solcher Irrtum findet stets Beachtung, wenn er wesentlich ist, d. h. sich auf wesentliche Bestandteile des Rechtsgeschäfts bezieht, mag er nun durch betrügliches Vorspiegeln oder durch andere Einwirkungen verursacht sein. Als wesentlicher Irrtum galt von jeher in der herrschenden Meinung der gemeinrechtlichen Wissenschaft auch der error in substantia, d. h. der Irrtum über Eigenschaften einer Sache, falls diese nämlich vom Verkehr als wesentlich angesehen wurden. Savigny[1]) stellte als Kennzeichen des wesentlichen Irrtums über Eigenschaften folgenden Satz auf: Der Irrtum über eine Eigenschaft einer Sache ist ein wesentlicher, wenn durch die irrig vorausgesetzte Eigenschaft nach den im wirklichen Verkehr herrschenden Begriffen die Sache zu einer anderen Art von Sachen gerechnet werden müsste, als wozu sie wirklich gehört." Ist nun durch den dolus des Verkäufers ein solcher error in substantia hervorgerufen worden und hat der Käufer unter dem Eindruck dieses Irrtums den Kauf abgeschlossen, so fragt es sich, wie seine Rechtsfolgen wieder beseitigt werden können.

Nach Savigny ist ein solches Rechtsgeschäft, bei dessen Abschluss ein Kontrahent sich in einem wesentlichen Irrtum befand, nichtig. Er begründet seinen Standpunkt damit, dass es dem in einem Geschäftsirrtum die Erklärung Abgebenden am erforderlichen Geschäftswillen fehle und demzufolge das ganze Geschäft alsolut nichtig sei, als wäre es von einem „Willensunfähigen"[2]) abgeschlossen worden. Da aber Savigny[3]) allgemein den Satz aufstellt, die dem anderen Kontrahenten nicht erkennbare Differenz zwischen

---

[1]) Savigny, a. a. O. Bd. III, S. 283. E. R. G. Bd. 19, S. 260.
[2]) Mitteis in Iherings Jahrbüchern Bd. 28, S. 121.
[3]) Savigny, a. a. O. S. 259.

Wille und Erklärung sei grundsätzlich gleichgiltig, so gelangt Leonhardt[1]) schon auf Grund dieser Ausführungen zu folgendem Ergebnis: „Der error in qualitate kann überhaupt bei den zuverlässigkeitsbedürftigen Geschäften als Nichtigkeitsgrund nur in Frage kommen, wenn er bei dem Vertragsabschlusse in erkennbarer Weise eine Differenz zwischen Wille und Erklärung nach sich zog, d. h. wenn seine Abwesenheit eine unerlässliche Vorbedingung des Geschäftsabschlusses sein sollte". Gleichwohl erblickt Leonhard in diesem error in qualitate, wie in dem error überhaupt, nicht die eigentliche Nichtigkeits u r s a c h e ; „denn die durch den Irrtum hervorgerufene Geschäftserklärung würde ohne sein Vorhandensein nicht giltig, sondern unterblieben sein. Wohl aber sei er ein Nichtigkeits g r u n d, d. h. man könne aus ihm die Nichtigkeit folgern"[2]). Im Wesen der absoluten Nichtigkeit liegt es, dass jeder sich auf sie berufen kann; und gerade das war es, was die gemeinrechtlichen Juristen, vor allem Brinz und Schlossmann bewog, gegen Savignys Lehre anzukämpfen; „es würde zu unerträglichen Konsequenzen führen, meint letzterer[3]) in seiner Lehre vom Zwange, wollte man selbst wider den Willen des Irrenden, der auch nach eingesehenem Irrtum am Vertrage festhalten wolle, dem anderen Kontrahenten vom Vertrage abzugehen gestatten." Auch Savigny[4]) hat an der von ihm grundsätzlich aufgestellten Willenstheorie und ihren Konsequenzen nicht streng festgehalten. Denn wenn er dem Irrenden gestattet, „die Ungiltigkeit eines Vertrages durch spätere Genehmigung zu beseitigen", so widerspricht dies seiner Lehre von der absoluten Nichtigkeit derartiger Rechtsgeschäfte; denn diese duldet keine nachträgliche Bestätigung. „Es kann ihm daher, um mit Mitteis[5]) zu sprechen, nur relative Nichtigkeit vorgeschwebt haben." Auch da, wo er von dem hier vor allem interessierenden error in substantia handelt, „hält er es für ganz selbstverständlich, dass darüber, ob der dem Irrtum ent-

[1]) R. Leonhard: Der Irrtum als Ursache nichtiger Verträge. Teil 2, S. 73.
[2]) Leonhard, a. a. O. S. 176.
[3]) Schlossmann: die Lehre vom Zwang, S. 18, Note 26.
[4]) Savigny, a. a. O. Bd. III, S. 272.
[5]) Mitteis in Iherings Jahrbüchern Bd. 28, S. 124.

sprechende Willensmangel eines Kontrahenten zur Geltung gebracht werden soll, eben lediglich dieser Kontrahent gehört werden soll.“ [1]) Und das führt zur Anfechtbarkeit, die von der absoluten Nichtigkeit ausser anderen Punkten der Umstand scheidet, dass die Reaktion von bestimmten Personen ausgehen muss. Wenn das Recht bisweilen die Theorie der Praxis opfert, wenn es so im vorliegenden Falle die wissenschaftlich begründete und erforderte absolute Nichtigkeit zu einer relativen modifiziert, so ist der Grund dafür „in Erwägungen der Zweckmässigkeit, der Billigkeit, der guten Ordnung zu suchen, die es verlangen, gewissen Personen de Geltendmachung von Nichtigkeiten abzuschneiden und sie bestimmten Anfechtungsberechtigten allein zu öffnen.[2])“

Das Ergebnis, zu dem die gemeinrechtliche Wissenschaft nach langem Kampfe gekommen ist, ist also folgendes: Befindet sich jemand bei Abgabe einer Willenserklärung in einem wesentlichen Geschäftsirrtum, zu welchem auch der error in substantia unter den von Savigny festgestellten Voraussetzungen gehört, so kann er dieses Rechtsgeschäft stets anfechten; hat er dies getan, so ist dasselbe als von Anfang an nichtig zu betrachten.

Wenn man sich nun die Frage vorlegt, wie sich dieses Anfechtungsrecht zu den dem Kauf eigentümlichen Klagen verhält, so muss die Antwort dahinlautend gegeben werden, dass dieses Recht neben jenen Klagen völlig selbständig besteht. Die Anfechtungsbefugnis des Käufers stützt sich nicht auf den dolus seines Mitkontrahenten, sondern auf seinen eigenen error; dass der error in substantia im Einzelfalle durch betrügliche Vorspiegelung des Verkäufers hervorgerufen werden kann, ändert nichts an der Natur des geltend gemachten Anfechtungsrechtes, dessen unmittelbare rechtliche Grundlage stets die oben genannte bleibt. Dieser Unterschied der causa bewirkte, dass das Anfechtungsrecht einen prinzipalen Charakter annahm, dass seine Geltendmachung nicht von der Vorfrage abhängig war, ob ein anderes Rechtsmittel dieselben Erfolge zeitigen könne, dass sich also die Frage nach der Subsidiarität oder der Koordination zu Gunsten der letzteren entscheidet.

[1]) Savigny, a. a. O. Bd. III, S. 292. Mitteis, a. a. O. S. 125.
[2]) Dernburg, Pandekten I, S. 283.

Wir kommen zu dem Irrtum in den Beweggründen. Unter letzteren fasst man alle diejenigen Gedankenbildungen und Entschlüsse zusammen, die der endgiltigen Willenserklärung vorangehen und für sie natürlich in grösserem oder geringerem Masse mitbestimmend sind. Das Recht weist ihnen aber eine völlig untergeordnete Stellung an; für die Beurteilung der endgiltigen Willenserklärung bleiben sie im allgemeinen ausser Betracht. Hat sich also jemand bei seiner Willensbildung von falschen Vorstellungen leiten lassen, so können daraufhin die Rechtswirkungen seiner Erklärung nicht in Frage gestellt werden. Neben einigen anderen bildet eine Ausnahme von dieser Regel der Fall, dass die irrtümlichen Vorstellungen in der Seele des Erklärenden durch doloses Verhalten seines Gegners verursacht worden sind; hier erscheint es dem Recht unbillig, den von ihm sonst anerkannten Grundsatz durchzuführen und den Getäuschten an seine Erklärung zu binden; es gibt ihm vielmehr in der actio doli ein Mittel, die nachteiligen Folgen seiner Erklärung wieder zu beseitigen.

Indem die gemeinrechtliche Lehre an der von den Glossatoren erfundenen Unterscheidung des dolus causam dans und des dolus incidens festhielt, wonach ersterer als vorliegend angenommen werden sollte, wenn der Betrug den Abschluss des Geschäfts veranlasst hatte, letzterer dann, wenn der dolus nur „Modalitäten des Geschäftes“[1]) betraf, gestaltete sich auch der Schutz verschieden, der in dem einen oder anderen Falle gewährt wurde. Die von den älteren gemeinrechtlichen Schriftstellern, u. a. auch vom Glück[2]) verteidigte Ansicht, dass der dolus causam dans contractui Nichtigkeit des ganzen Rechtsgeschäfts herbeiführe, ist (seit Savigny) als verworfen anzusehen; denn trotz der irrigen Vorstellungen, die der dolus hervorruft und dadurch den Abschluss des Vertrages herbeiführt, ist bei diesem selbst der auf die Erklärung gerichtete Wille vorhanden, das Rechtsgeschäft also giltig. Wenn aber auch die neuere gemeinrechtliche Doktrin die beiden Arten des dolus insofern gleich behandelt, als in jedem Falle das abgeschlossene Geschäft giltig bleibt, so

[1]) Arch. f. ziv. Praxis. Bd. 88, S. 360.

[2]) Glück: Erläuterungen der Pandekten Bd. IV. S. 121 ff.

gestaltet sich doch der Schutz des Betrogenen insofern verschieden, als er im Falle des dolus causam dans Aufhebung des Geschäftes verlangen, im Falle des dolus incidens dagegen nur einen Schadensersatzanspruch geltend machen kann (vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts, III. Zivilsenat am 19. März 1880, bei Seuffert 36, No. 6; III. Zivilsenat am 10. Januar 1888 bei Seuffert 43, No. 184; O. A. G. Lübeck am 18. April 1844 bei Seuffert 11, No. 221, 2 u. a. m.). Diese in einem grossen Teil der gemeinrechtlichen Literatur und Rechtsprechung aufgestellte Regel auf den Fall angewandt, dass der Verkäufer das Vorhandensein fehlender Eigenschaften einer Kaufsache betrüglich vorspiegelt, könnte zu dem Schluss führen, dass in einem solchen Falle immer dolus incidens vorläge, der Käufer also nur den Schadensersatzanspruch geltend machen könne: denn die Eigenschaften der Kaufsache können nur zu den „Modalitäten" eines Geschäfts im Sinne obiger Ausführungen gerechnet werden. Dass man bei diesem Ergebnis nur bei oberflächlicher Betrachtung der Sachlage stehen bleiben kann, ergibt folgendes. Es kann im konkreten Falle für einen Käufer eine bestimmte Eigenschaft der Kaufsache von derartiger Bedeutung sein, dass die Versicherung ihres Vorhandenseins überhaupt erst die causa für den Abschluss des Vertrages bildet, und wir müssen Sprenger[1]) also recht geben, wenn er den Satz aufstellt: „Die der Theorie und Praxis geläufige Aufstellung, dass der Betrug nicht das ganze Rechtsgeschäft, sondern nur Modalitäten desselben berühre oder erfasse, ist nichts weiter, als eine unzulässige, aprioristische Negation solcher Causalität". Es ist demnach möglich, dass ein solcher „dolus incidens" im konkreten Falle ein dolus causam dans contractui ist; und die notwendige Folge dieser Tatsache ist, dass der Käufer auch in diesem Falle Aufhebung des ganzen Vertrages verlangen kann. Man darf also bei Beantwortung der Frage, welcher Schutz dem Käufer bei dolosem Verhalten des Verkäufers zu gewähren sei, nicht davon ausgehen, worauf im konkreten Falle der dolus sich bezieht, sondern man muss untersuchen, für welche Erklärung des Käufers er causal gewesen ist, ob oder wie der Käufer den Vertrag abge-

[1]) Sprenger, im Arch. f. ziv. Praxis. Bd. 88, S. 369.

schlossen haben würde, wäre der dolus nicht hinzugetreten. Nun ist es aber ebensowohl möglich, dass bei betrüglichem Vorspiegeln nicht vorhandener Eigenschaften der Käufer den Vertrag überhaupt nicht geschlossen hätte, als auch, dass er trotzdem kontrahiert hätte, aber unter anderen Bedingungen z. B. nur für einen billigeren Kaufpreis, und danach muss sich auch der Schutz richten, der ihm im einzelnen Falle gewährt wird. Wir haben demnach nicht mehr eine actio doli causam dantis und eine actio doli incidentis zu scheiden, von denen jede eine besondere Art des dolus hinsichtlich der Richtung auf den Gegenstand der Täuschung voraussetzt und danach einen verschieden gearteten Schutz gewährt, sondern, immer den dolus als causal vorausgesetzt, kennen wir nur eine einzige actio doli, deren Zweck es ist, das Interesse des Betrogenen zu ersetzen: und je nachdem dieses letztere in der Aufhebung des ganzen Vertrages oder in dem Ersatz des entstandenen Schadens unter Aufrechterhaltung des Vertrages besteht, nimmt die actio doli nach Wahl des Käufers die Gestalt einer Rescissionsklage oder einer Differenzklage an.[1])

Was nun die Frage anlangt, ob die actio doli auch im gemeinen Recht den ihr vom römischen Recht beigelegten subsidiären Charakter bewahrt hat, so ist dies zwar besonders von Hänel[2]) verneint und damit begründet worden, dass diese actio ihre infamierende Natur eingebüsst habe und dass damit der Grund für ihre Subsidiarität weggefallen sei. Das Reichsgericht[3]) erblickt aber in diesem infamierenden Charakter der actio doli nicht den Grund für ihre Subsidiarität, sondern höchstens einen, und führt die erwähnte Natur dieser actio in ihrem ursprünglichsten Grunde auf „die Entwickelung des gesamten römischen Klagensystems" zurück, das für jeden Tatbestand eine besondere actio zur Verfügung stellte, sodass die allgemeinen Rechtsbehelfe in den Hintergrund treten mussten und erst zur Geltung kamen, wenn die speziellen Klagen versagten. Diese Grundsätze sind mit der in complexu erfolgten Rezeption des römischen Privatrechts gemeines Recht geworden und durch deutsche

[1]) Dernburg, Pandekten I, § 104. a. E.
[2]) Hänel im Arch. f. ziv. Praxis. Bd. XII. S. 408 ff.
[3]) E. R. G. Bd. 23, S. 145.

Reichsgesetze oder ein allgemeines deutsches Gewohnheitsrecht von der Rezeption weder ausgeschlossen noch später beseitigt worden. Demnach müssen sie als noch bestehend gelten, und die actio doli darf auch im gemeinen Recht nur als subsidiär anwendbar betrachtet werden. Da nun ihr Zweck darauf gerichtet ist, das Interesse des Betrogenen wieder zu ersetzen, dieser Erfolg aber dem über Eigenschaften der Kaufsache bei Abschluss des Vertrages getäuschten Käufer durch die actio emti gewährleistet wird, so ist das Verhältnis zwischen beiden Klagen dasselbe geblieben, wie es oben im römischen Recht dargestellt wurde.

§ 7.

Diese eben behandelten gemeinrechtlichen Bestimmungen haben allerdings in der Praxis der deutschen Gerichte vor dem 1. Januar 1900 vielfach keine unmittelbare Anwendung gefunden. Teilweise war ihre Anwendbarkeit durch Kodifikationen wie das A. L. R. vom 1. Juni 1794 und das sächsische bürgerliche Gesetzbuch von 1863 völlig ausgeschlossen; wo dies nicht der Fall war, galten sie nur subsidiär in Ermangelung oder zur Ergänzung partikularrechtlicher Normen. Diesem zersplitterten Zustande des Privatrechts machte das B. G. B. insofern ein Ende, als es mit Geltung vom 1. Januar 1900 ab das Privatrecht für das deutsche Reich einheitlich regelte und alles Landesrecht ausser auf einigen Gebieten, deren Regelung ihm überlassen blieb, ausser Kraft setzte. Seine Bestimmungen haben also vor denen des gemeinen Rechts den Vorzug unmittelbarer Anwendbarkeit.

Von den für den Kauf speziell gegebenen Normen interessiert vor allem der § 463 B. G. B., einmal deswegen, weil das daselbst erforderte Zusichern einer Eigenschaft unter Umständen nur ein betrügliches Vorspiegeln derselben enthalten kann und das arglistige Verschweigen einer Eigenschaft einen dolus des Verkäufers stets voraussetzt, zum anderen deswegen, weil der Moment, in welchem diese Voraussetzungen vorliegen müssen, die auch in unserer Abhandlung in Betracht gezogene Zeit des Kaufabschlusses ist. Wenn gesagt wurde, dass das Zusichern einer Eigenschaft einen dolus des Verkäufers enthalten k a n n, so hat dies

seinen Grund darin, dass es sehr wohl möglich ist, dass der Verkäufer selbst an ihr Vorhandensein glaubt, ihm also jede betrügliche Absicht fehlt; gleichwohl steht dem Käufer der Anspruch aus § 463 B. G. B. zur Seite;[1]) erst recht kann ihn der Käufer daher geltend machen, wenn der Verkäufer weiss, dass die Eigenschaften fehlen, er aber trotzdem ihre Existenz versichert. Kann der Käufer das Fehlen der Eigenschaft zur Zeit des Vertragsabschlusses und das Vorspiegeln ihres Vorhandenseins durch unwahre Zusicherung oder arglistiges Verschweigen nachweisen, so ist sein Anspruch aus § 463 B. G. B. begründet; es kommt nicht ausserdem darauf an, nachzuweisen, dass dieses Verhalten des Verkäufers für den Abschluss dieses Kaufs causal gewesen sei, dass es ihn zur Abgabe seiner Willenserklärung bestimmt habe. Entkräftet werden kann dieser Anspruch nur durch den vom Verkäufer zu führenden Nachweis, dass der Käufer beim Abschluss des Vertrages das Fehlen der Eigenschaften gekannt habe.

Ist dies nicht der Fall, dann kann der Käufer nach dem Wortlaut des Gesetzes „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" verlangen. Trotz der Auslegung, die dieser Ausdruck des § 463 B. G. B. in der neueren Literatur — so vor allem bei Planck, Erläuterungen zu § 463 B. G. B. — gefunden hat, möchte ich ihm auch in diesem Falle die Bedeutung beilegen, die er in anderen Paragraphen des B. G. B., z. B. 280,2, 286.2, 325, 326 u. a. m. hat, dass nämlich der Käufer sich „gegenüber der gelieferten Sache, welcher eine zugesicherte Eigenschaft fehlt, auf den Standpunkt stellen kann, als habe der Verkäufer überhaupt nicht erfüllt, dass er also die Sache zurückweisen und denjenigen Schadensersatzanspruch geltend machen kann, welcher aus der hierdurch in der Regel bewirkten vollständigen Nichterfüllung desVertrages sich ergibt."[2]) Dass der Gesetzgeber mit dieser Bestimmung diese Ansprüche auch gewähren wollte, ergeben einmal die E. 1, § 385, 2, § 400, Mot. II, S. 229, zum anderen auch die Tatsache, dass in denjenigen Paragraphen, wo er einen beschränkteren Ersatzanspruch

[1]) Vgl. Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, Erläuterung zu § 463. Fischer-Henle, Anm. 4 zu § 463.

[2]) E. R. G. 52, S. 355.

geben wollte, z. B. in § 341,2; § 524,1 B.G.B., der Gesetzestext entsprechend geändert ist. Wenn nun Planck den Wortlaut des Gesetzes dahin deutet, dass der Käufer nur Ersatz des durch den Mangel entstandenen Schadens verlangen könne, indem er in dem Fehlen der zugesicherten Eigenschaft nur eine teilweise Nichterfüllung des Kaufvertrages erblickt, und, was den Schadensersatzanspruch anlangt, den § 325, Abs. 1 B. G. B. analog anwenden will, so halte ich dies aus folgenden Gründen für bedenklich. Der § 325 B. G. B. verlangt zu seiner Anwendbarkeit stets ein Verschulden auf Seiten des Schuldners, der § 463 B. G. B. gewährt seine Ansprüche ohne Rücksicht darauf. Der § 325 B. G. B. beginnt mit den Worten: Wird die Leistung . . . . . unmöglich, kommt also zunächst nur in Betracht für ein nach Abschluss des Vertrages eintretendes Verschulden, während der § 463 B. G. B. stets verlangt, dass das dolose Verhalten des Verkäufers schon in die Zeit des Vertragsabschlusses fällt. Zum dritten spricht § 325 B. G. B. von Unmöglichkeit der Leistung, § 463 B. G. B. verlangt sie nicht, gibt also den Schadensersatzanspruch selbst in dem Falle, dass der Verkäufer die Sache noch mit der Eigenschaft versehen könnte. (Das Reichsgericht trifft allerdings in Bd. 61, S. 92 eine Entscheidung dahin, dass der Käufer dem Verkäufer die nachträgliche Beseitigung des Mangels gestatten muss, falls Treu und Glauben es verlangen.)

Der § 463 B. G. B. gibt nach Wahl des Käufers diesen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung neben dem Wandelungs- oder Minderungsrecht. Dass der Käufer auch diese Ansprüche geltend machen kann, darf durchaus nicht befremden; sie sind dem Käufer als die ädilitischen Rechtsmittel des neuen Rechts schon ohne irgend ein Verschulden des Verkäufers gegeben, lediglich darauf gestützt, dass die Sache nicht die vertragsmässige Beschaffenheit besitzt; um so eher sind sie natürlich bei einem dolosen, also schuldhaften Verhalten des Verkäufers anwendbar.

§ 8.

In einem Urteil vom 2. Oktober 1907 hat nun das Reichsgericht[1]) den Schadensersatzanspruch aus § 463

[1]) E R. G. 66, S. 335 ff.

B. G. B. dahin erweitert, dass er nicht nur in den im Gesetz ausdrücklich genannten Fällen — Zusicherung und arglistiges Verschweigen —, sondern „wegen Gleichheit des Rechtsgrundes" bei betrüglichem Vorspiegeln nicht vorhandener Eigenschaften stets zu gewähren sei, wenn auch eine ausdrückliche Gesetzesvorschrift in dieser Hinsicht nicht gegeben sei. Diese Ausdehnung ist m. E. nicht angebracht, einmal deswegen, weil sie sich mit der Entstehungsgeschichte und dem Zweck dieses Paragraphen in Widerspruch setzt, der ja durchaus nicht ausschliesslich als Reaktion gegen einen dolus des Verkäufers gedacht war, ferner deswegen, weil das Gesetz, wenn es diesen Anspruch allgemein bei betrüglichem Vorspiegeln hätte geben wollen, dies auch sicher zum Ausdruck gebracht hätte und den Anspruch nicht auf den Fall beschränkt hätte, dass der dolus des Verkäufers bestimmte Formen annehme. Auch wenn man einwenden wollte, eine derartige Ausdehnung des § 463 B. G. B. sei mit Rücksicht darauf geboten, dass der Schutz, den das Gesetz dem Betrogenen in seinen sonstigen Bestimmungen gewähre, seine Interessen nicht in ausreichender Weise wahrnehme, so sollen die nachfolgenden Ausführungen von dem Gegenteil überzeugen. Es bleibt dabei allerdings immer zu beachten, dass die für ein bestimmtes Rechtsgeschäft gegebenen Vorschriften als Spezialbestimmungen die allgemeinen ausschliessen können.

Eine solche allgemeine Bestimmung enthält zunächst der § 123 B. G. B., der jedem, der durch arglistige Täuschung zum Abschluss eines Rechtsgeschäftes bestimmt worden ist, gestattet, dasselbe anzufechten. Voraussetzung des Anfechtungsrechtes wäre also in unserem Falle, dass das betrügliche Vorspiegeln der fehlenden Eigenschaften für den Abschluss des Kaufes causal gewesen ist, was der Käufer auch zu beweisen hätte (§ 463 B. G. B. verlangt nur Nachweis des Fehlens der Eigenschaften beim Vertragsabschluss und Vorspiegelung ihres Vorhandenseins durch den Verkäufer). Es ist vollkommen gleichgiltig, welcher Art die vorgespiegelten Eigenschaften sind, ob sie im Verkehr als wesentlich angesehen werden oder nicht. Im ersteren Falle könnte die Frage auftauchen, ob nicht der Käufer von § 123 B. G. B. absehen und sich auf § 119,2

B. G. B. stützen könne, indem er den durch das dolose Vorspiegeln in ihm hervorgerufenen Irrtum zur Grundlage seines Anfechtungsrechtes macht. Dass letzteres aus praktischen Gründen zwar nicht empfehlenswert ist, ergibt sich daraus, dass der Irrtum aus § 119,2 B. G. B. nur dann berücksichtigt wird, wenn er sich auf Eigenschaften bezieht, die der Verkehr als wesentlich ansieht, es aber durchaus nicht immer nötig ist, dass Eigenschaften, auf die es gerade dem Käufer ankommt, auch im Verkehr als wesentlich gelten, dass ferner die Anfechtung aus § 119,2 B. G. B. „unverzüglich" zu erfolgen hat, während sie im Falle des § 123 B. G. B. noch innerhalb eines Jahres stattfinden kann. Wenn es sich nun um die Beantwortung der Frage nach der elektiven Zulassung einer Anfechtung neben den für den Kauf gegebenen Spezialvorschriften handelt, so kann dieselbe m. E. in beiden Fällen entweder nur bejahend oder verneinend lauten. Denn, ist eine Anfechtung wegen Betruges zuzulassen, so ist der Grund nicht einzusehen, warum der Anfechtende dieselbe Rechtswirkung — Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts — nicht auch dadurch sollte herbeiführen dürfen, dass er noch einen Schritt weiter geht und sich auf seinen eigenen, durch den Betrug des Gegners hervorgerufenen Irrtum beruft.

Wenn das Reichsgericht[1]) in Band 61 S. 174 ff. zu der Entscheidung kommt, dass neben der Wandlungsklage der Anfechtung aus § 119,2 B. G. B. nicht sattgegeben werden könne, weil „damit alle Bestimmungen illusorisch gemacht werden würden, die das B. G. B. mit gutem Vorbedacht getroffen hat, um die Verkehrssicherheit zu schützen", und wenn es sich zur Verteidigung seiner Ansicht vor allem auf den § 477 B. G. B. beruft, dessen besondere Bestimmungen über die kurze Verjährungsdauer bedeutungslos werden würden, „da die Klage auf Rückgabe des Geleisteten aus § 119,2 B. G. B., wenn nur die Anfechtung unverzüglich erfolgt, noch nach 29 Jahren zulässig wäre", so kann für unseren Fall die Richtigkeit dieser Annahme völlig unentschieden bleiben; es interessiert hier ja nicht, ob dieser Rechtsbehelf neben der Wandlungsklage zulässig ist, sondern wie er sich zu den Bestimmungen des § 463 B. G. B.

---

[1]) E. R. G. 61, S. 175.

verhält. Die ädilitischen Rechtsmittel setzen für ihre Geltendmachung durchaus kein Verschulden seitens des Verkäufers voraus; darum ist auch im Interesse des Verkäufers ihre Geltendmachung auf eine so kurze Zeit beschränkt. Dieser Grund, dem Interesse des Verkäufers zu dienen, fällt natürlich in dem Augenblick weg, wo ihn ein Verschulden trifft, ihm sogar ein dolus zur Last fällt. So bestimmt auch § 477 B. G. B., dass beim Vorliegen arglistigen Verschweigens die kurze Verjährungsfrist nicht Platz greift, sondern die Verjährung die regelmässige von dreissig Jahren (§ 195 B. G. B.) ist; ebenso stellen Prot. I., 701 dem arglistigen Verschweigen den Fall gleich, dass der Verkäufer wider besseres Wissen eine nicht vorhandene Eigenschaft zugesagt hat. Wenn das Gesetz selbst für diese beiden Fälle die lange Verjährung vorschreibt, ihnen also eine von der für die Gewährleistungsansprüche geltenden verschiedene Behandlung zu Teil werden lässt, so fallen die Bedenken des Reichsgerichts, die es bestimmen, neben der Wandlung die Anfechtung aus § 119,2 B. G. B. nicht zu gewähren, fort, wenn der Verkäufer in irgend einer Form fehlende Eigenschaften betrüglich vorgespiegelt hat. Es ist also sowohl die Anfechtung aus § 123 B. G. B. zulässig, indem der Anfechtende sich auf die arglistige Täuschung seines Gegners beruft, die ihn zum Abschluss des Vertrages bestimmte, als auch diejenige aus § 119,2 B. G. B., indem der Anfechtende sich auf seinen durch den Betrug hervorgerufenen Irrtum stützt; allerdings muss sich im zweiten Falle der Irrtum immer auf wesentliche Eigenschaften beziehen, und anzunehmen sein, dass der Anfechtende bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Falles den Kauf nicht abgeschlossen hätte.

Die Wirkung der Anfechtung ergibt sich aus § 142 B. G. B.: Wird ein anfechtbares Rechtsgeschäft angefochten, so ist es als von Anfang an nichtig anzusehen. Die Rechtslage ist also die, als wäre der Kauf nie abgeschlossen worden; sind schon gegenseitig oder auch nur von einer Seite Leistungen erfolgt, so befinden sie sich in den Händen des Besitzers ohne rechtlichen Grund: der Rückforderungsanspruch ist demnach ein solcher aus ungerechtfertigter Bereicherung und bestimmt sich nach § 812 B. G. B.

Durch die Anfechtung allein und die auf Grund der Nichtigkeit erfolgende Rückgabe des schon Geleisteten wird ein etwa schon entstandener Schaden nicht gedeckt. Dem Anfechtenden bietet sich aber die Möglichkeit, „bei dem Vorhandensein einer unerlaubten Handlung unabhängig von der Anfechtung einen in seiner Höhe unten noch näher zu bestimmenden Schadensersatzanspruch geltend zu machen.“[1])

In der arglistigen Täuschung liegt ein Verstoss gegen die guten Sitten. Zu dem Begriff der arglistigen Täuschung gehört es ferner, dass der Täuschende das Bewusstsein des schädigenden Erfolges oder der Möglichkeit dieses Erfolges hatte, und das ist es, was das Reichsgericht (E. R. G. 57, 241; 58, 216; 63, 148 u. a. m.) kurzweg als Vorsatz bezeichnet. Wer arglistig täuscht, erfüllt also, falls dadurch dem Gegner ein Schaden erwachsen ist, den Tatbestand des § 826 B. G. B. und ist schadensersatzpflichtig. Nach § 249 B. G. B. hat, wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, denjenigen Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Dieser Umstand ist in unserem Falle das betrügliche Vorspiegeln der fehlenden Eigenschaften; ohne dasselbe hätte der Käufer den Kauf überhaupt nicht abgeschlossen. (Causalität ist ja als Anfechtungsgrund überhaupt vorausgesetzt.) Zu ersetzen ist also „der Schaden, den der Käufer durch das Abschliessen des Vertrages erlitten hat“,[2]) m. a. W. das negative Vertragsinteresse. Eine Grenze findet der zu ersetzende Schaden in der in allen Paragraphen, die vom negativen Interesse handeln (z. B. §§ 122, 179, 307 B. G.B.), enthaltenen Bestimmung, dass er das positive oder Erfüllungsinteresse nicht übersteigen dürfe.

§ 9.

Die Anfechtung führt stets Vernichtung des Rechtsgeschäftes herbei. Es kann aber trotz Fehlens gewisser Eigenschaften im Interesse des Käufers liegen, den Kauf

---

1) Vgl. Gruchot, Bd. 49, S. 905. E. R. G. Bd. 59, S. 156. Fischer-Henle, a. a. O. § 123, Anm. 6.

2) E. R. G. 59, S. 157.

aufrecht zu erhalten und nur Ersatz desjenigen Schadens zu verlangen, der ihm durch den Betrug des Verkäufers entstanden ist. Auch in diesem Falle ist § 826 B. G. B. anwendbar; denn die Ansicht, dass die Schadensersatzansprüche aus unerlaubten Handlungen ausschliesslich auf ausserkontraktliche Fälle zu beschränken seien, findet im Gesetz in keiner Weise Begründung. Die Schadensersatzberechnung gestaltet sich unter dieser Voraussetzung wesentlich anders als im vorhergehenden Falle. Zu Grunde zu legen ist natürlich wieder § 249 B. G. B.. „Der Betrogene kann danach die Herstellung des vertragsmässigen Zustandes, wie er ohne den Betrug sich gestaltet hätte, verlangen“[1]), oder, wie es E. R. G. Bd. 59, S. 157 heisst: „des Zustandes, der durch den Vertrag bezweckt ist, und dessen Folge gewesen sein würde, wenn die Erklärungen der Vertragsteile auf Wahrheit beruht hätten“. Der Käufer kann also zunächst Nachbesserung der Sache verlangen, und Verkäufer müsste dann die Kaufsache mit den Eigenschaften, deren Vorhandensein er betrüglich vorgespiegelt hat, versehen. Gleichzeitig kann der Käufer ihm hierfür eine angemessene Frist bestimmen, nach deren Ablauf er Ersatz in Geld zu verlangen berechtigt ist, falls die Herstellung nicht rechtzeitig erfolgt (§ 250 B. G. B.). Während also in der Regel der Käufer Nachbesserung nicht fordern kann, dieselbe allerdings, wie es in E. R. G. Bd. 61, S. 92 heisst, gestatten muss, falls ihre Ablehnung gegen Treu und Glauben verstossen würde, steht ihm dieses Recht stets zu, wenn dem Verkäufer ein Verschulden, insbesondere ein dolus, zur Last fällt.

Zwischen der ursprünglich festgesetzten Erfüllungszeit und der Herstellung vergeht naturgemäss je nach Art der Nachbesserung eine kürzere oder längere Zeitspanne. Für den inzwischen entstandenen Schaden ist, „da insoweit die Vertragserfüllung nicht mehr möglich ist“[2]), stets Ersatz in Geld zu leisten. Es ist aber auch denkbar, dass die Naturalrestitution überhaupt nicht mehr möglich ist oder dass sie zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügt. Insoweit

---

[1]) E. R. G. Bd. 63, S. 112.
[2]) E. R. G 59, S. 158.

hat nach § 251 B. G. B. der Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld zu entschädigen.

Der Käufer ist aber, falls die Herstellung der fehlenden Eigenschaft unmöglich ist, nicht darauf beschränkt, bei dem Kaufe stehen zu bleiben, sich also die Sache in dem mangelhaften Zustande zu behalten und nur Schadensersatz zu verlangen, „i n s o w e i t" die Herstellung unmöglich ist. Damit wäre ihm auch wenig gedient für den Fall, dass es ihm gerade auf die bestimmte Eigenschaft ankommt. Hier hilft ihm § 280,2 B. G. B., der dem Gläubiger bei teilweiser Unmöglichkeit, wenn die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse mehr hat, gestattet, unter Ablehnung des noch möglichen Teiles Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit zu verlangen. Die Unmöglichkeit der Herstellung einer Eigenschaft der Kaufsache ist eine solche teilweise Unmöglichkeit der im übrigen möglichen Leistung. Hat nun die Kaufsache ohne die Eigenschaft für den Käufer kein Interesse, dann kann er sich ebenso verhalten, wie wenn der Fall des oben behandelten § 463 B. G. B. vorläge; nur wird daselbst nicht der Nachweis eines fehlenden Interesses verlangt. Er kann also unter Ablehnung der Kaufsache Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen. Zu bemerken ist hier noch, dass der Käufer, falls die Voraussetzungen des § 463 B. G. B. gegeben sind, natürlich nicht verpflichtet ist, stets Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit zu verlangen[1]), er kann auch bei dem Vertrage bestehen bleiben und nur den Ersatz desjenigen Schadens verlangen, der ihm durch das Fehlen der Eigenschaft erwachsen ist.

Während der Käufer bei der Anfechtung des Vertrages nur das negative Interesse verlangen kann, haftet ihm der Verkäufer, falls er den eben beschriebenen Weg einschlägt, auf das positive oder Erfüllungsinteresse. Ausserdem hat der letztere Rechtsbehelf vor dem ersteren den Vorzug, dass der Anspruch aus der unerlaubten Handlung noch geltend gemacht werden kann, wenn das Anfechtungsrecht schon längst verloren ist; denn nach § 852 B. G. B. ver-

---

[1]) Ebenso E. R. G. 53, S. 89.

jährt er erst in 3 Iahren von dem Zeitpunkt an, in welchem der Verletzte von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt.

§ 10.

Was Gattungskäufe anlangt, so lässt ihnen § 480 B. G. B. eine von den bisherigen Ausführungen in einigen Punkten abweichende Behandlung zuteil werden. Erstens vermehrt er die Zahl der Rechtsbehelfe, indem er dem Käufer gestattet, statt der Sache, die die vorgespiegelten Eigenschaften nicht hat, eine andere vertragsmässige zu verlangen; er ist also nicht wie beim Spezieskauf auf den Anspruch auf Nachbesserung angewiesen, sondern kann eine völlig neue Sache fordern. Während ferner beim Spezieskauf der Abschluss des Kaufvertrages der massgebende Zeitpunkt ist, in welchem die angegebenen Eigenschaften der Kaufsache fehlen müssen, um die oben erwähnten Ansprüche zu rechtfertigen, bezeichnet § 480 B. G. B. als massgebenden Zeitpunkt für die Beurteilung des Vorhandenseins oder Fehlens der Eigenschaften den Augenblick des Gefahrüberganges. Diese Abweichung von den Bestimmungen für Spezieskäufe erklärt sich daraus, dass sich erst in diesem Moment das Schuldverhältnis auf die gelieferte Sache konzentriert, „vorher aber eine bestimmte Sache gar nicht geschuldet wird".[1]) Ebenso bezeichnen die Mot. II, 243 diese Abweichung als notwendig, „weil bei dem Vertrag über eine Gattungssache die Bestimmung des zu leistenden Stückes nicht mit der Schliessung des Vertrages, sondern mit dem Uebergange der Gefahr zusammenfällt."

§ 11.

Bisher haben wir den betrogenen Käufer als angreifenden Teil kennen gelernt, der seine Rechte klageweise geltend macht. Ergreift aber der Verkäufer die Offensive und klagt mit der actio venditi auf Zahlung des Kaufpreises, dann stellt das Recht dem Käufer besondere Verteidigungsmittel zur Verfügung, die ihn vor einer Verurteilung schützen sollen. Das waren im römischen Recht die exceptiones. Noch bis in die neueste Zeit war allgemein die Lehre vertreten, der

[1]) Simeon, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I, 1, S. 347, Anm. 17.

Legisaktionenprozess habe die Exzeptionen noch nicht gekannt. Zur Begründung dieser Ansicht berief man sich vor allem auf Gaius: Institutiones 4,108 und auf je eine Stelle aus der Rhetorik ad Herennium (1, 12, *22*) und aus Ciceros Büchern über die rednerische Erfindung (2, 19, 57). Dieser Meinung ist neuerdings Wlassak[1]) entgegengetreten. Er leitet im Gegensatz zu den bisherigen Deduktionen aus den genannten Quellen das Bestehen von Exzeptionen bereits im Legisaktionenprozess her, wenn auch in anderer Form als im Formularverfahren.

In der Stelle: Gaius: Inst. 4, 108: „nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum" würdigt er die Worte: „ita ut nunc" einer ihnen früher nicht zu Teil gewordenen Beachtung. Während man sie nämlich bisher gänzlich unter den Tisch fallen liess und daher zu der Uebersetzung: „In jenen Zeiten gab es keine Exzeptionen" gelangte, stellt Wlassak[2]) nunmehr als genauen, wortgetreuen Inhalt fest: „der Gebrauch der Exzeptionen, wie er jetzt ist, bestand in jenen (alten) Zeiten noch nicht." Positiv kommt er somit zu dem Ergebnis, dass der Gebrauch der Exzeptionen früher anders geartet war, dass m. a. W. der Legisaktionenprozess sie zwar bereits kannte, nur in einem anderen Gepräge als im Formularverfahren.

Den sich insbesondere durch die Wirkungen kennzeichnenden Unterschied der Exzeptionen des alten und des neuen Verfahrens entnimmt Wlassak den beiden anderen, bereits genannten Quellenstellen, von denen besonders folgende Sätze in Betracht kommen:

Bei Cicero de inv. *2,19*, 57—59 und *2,20*, 59 f: Nam et praetoris exceptionibus multae excluduntur actiones et ita ius civile habemus constitutum, ut causa cadat is, qui non quemadmodum oportet egerit.

In der Rhetorik ad. Her. 1, 12, *22*: Haec partitio legitimae constitutionis (translatio) his de causis raro venit in iudicium, quod in privata actione praetoriae exceptiones sunt, et causa cadit qui egit, nisi habuit actionem. Die Wir-

---

[1]) Wlassak: Ursprung der römischen Einrede. Sonderdruck aus der Festgabe der Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit von Leopold Pfaff.

[2]) Wlassak: a. a. O. S. 11.

kung, die Cicero den Exzeptionen beilegt, nämlich Exklusion von actiones, ermöglicht es nach Wlassak[1]) zunächst, „zu bestimmen, was für Handlungen unter den actiones begriffen sind. Nicht „alle Vorgänge", nicht die „ganze Verhandlung" in iure, die regelmässig im Debattieren mit dem Gegner, Postulieren gegenüber dem Beamten, Erörterung und Prüfung der Exzeptionen bestand, konnten durch diese hindernde Wirkung betroffen werden, sondern nur der durch diese Handlungen vorbereitete Schlussakt, die Streitbefestigung. Diese Deutung des Wortes actio ist auch keinesfalls gezwungen oder willkürlich, entspricht vielmehr der Ausdrucksweise der klassischen Juristen, die im Gegensatz zum iudicium, worunter sie unter Hinzufügung von „fit" oder „factum est" die Streitbegründung des neueren Verfahrens verstanden, die „volksgesetzlich giltige Streitbefestigung und in der älteren Zeit nur die durch Spruchformeln vermittelte Contestatio" als actio bezeichneten."[2])

Diese Prozessbegründung nun wurde durch die bei Cicero erwähnte exceptio ausgeschlossen; sie befreite den Beklagten also überhaupt von der Notwendigkeit, einen Prozess zu führen. Darin liegt aber ein greifbarer Unterschied zu der Wirkung der exceptio im Formularverfahren; hier wird die Prozessbegründung als bereits erfolgt vorausgesetzt; „sie äussert ihre hemmende Kraft erst apud iudicem"[3]) und bezweckt, den Beklagten vor Condemnation zu schützen. Da aber dieser exceptio niemals die Wirkung der gänzlichen Ersparnis eines Prozesses zukommt, erscheint Wlassaks Folgerung, Ciceros These sei statt auf den neueren Prozess auf die Legisactio zu beziehen", gerechtfertigt.

Einen in der äusseren Handhabung der Exzeptionen liegenden Unterschied erblickt Wlassak weiterhin noch darin, dass die exceptio des Formularverfahrens vom Beklagten selbst eingeführt und mit des Prätors Genehmigung dem iudex zur Beurteilung vorgelegt wird, während die ältere Exzeptio auf Anregung und Postulation des Beklagten vom Prätor selbst in Kraft gesetzt wird. Diese letztere

[1]) Wlassak: a. a. O. S. 23.
[2]) Wlassak: a. a. O. S. 20.
[3]) Wlassak: a. a. O. S. 24.

Ansicht stützt Wlassak vor allem darauf, dass Cicero seine exceptiones als exceptiones „praetoris" bezeichnet, weswegen der im Genetiv genannte Prätor als die Person anzusehen sei, durch deren Tätigkeit (exceptio) im einzelnen Falle die Streitbefestigung (actio) verhindert werde".

Der Formularprozess brachte folgende, bereits kurz angedeutete Aenderungen in der Handhabung und Wirkung der Exzeptionen. In die Formel, um deren Erteilung der Kläger den Prätor bitten musste, wurden dem Vorbringen des Beklagten in iure gemäss seine etwaigen Gegenrechte oder andere Tatsachen (die exceptiones umfassten nämlich nicht nur die sogenannten „Einreden" des heutigen bürgerlichen Rechts, sondern auch andere Einwendungen, d. h. rechtsaufhebende oder rechtshemmende Tatsachen) aufgenommen, die zwar nicht nach Zivilrecht, wohl aber nach prätorischem Recht geeignet waren, eine der intentio des Klägers entsprechende Kondemnation zu verhindern und deren Beachtung dem iudex aufgegeben wurde. Diese Exzeptionen waren in ihrer Anwendung gleich den Actionen zuerst stets auf ein bestimmtes Rechtsverhältniss beschränkt. Um aber endlich in allen Fällen nur solchen Ansprüchen des Klägers zum Recht zu verhelfen, die nicht nur formell, sondern auch materiell begründet waren, gestatteten die Prätoren dem Beklagten, in die Klagformel die Aufnahme der sogenannten exceptio doli zu beantragen, deren Wortlaut uns Gaius[1]) überliefert: si in ea re nihil dolo malo factum sit necque fiat. Hier interessiert vor allem der erste Teil dieser Formel: si nihil . . . . . factum sit; denn er richtet sich gegen ein doloses Verhalten des Vertragsgegners in der Vergangenheit, vor allem beim Abschluss des Rechtsgeschäfts. Hatte also z. B. beim Kaufabschlusse der Verkäufer fehlende Eigenschaften betrüglich vorgespiegelt, so bewirkte das Vorhandensein dieser exceptio die Abweisung des klägerischen Anspruchs. Sollte sie actiones stricti iuris gegenüber wirksam werden, so war stets ihre Aufnahme in die Klagformel auf Grund eines in iure dahin gestellten Antrages erforderlich; für negotia bonae fidei, zu denen auch die emptio-venditio gehörte, galt dagegen der

[1]) Gaius a. a. O. IV, § 119.

Satz: bonae fidei iudiciis exceptio doli inest. Es bedurfte also nicht ihrer besonderen Aufnahme in die Klagformel, vielmehr gebot schon diese selbst dem iudex, ex bona fide zu urteilen, d. h. seine Entscheidung unter Berücksichtigung aller vom Beklagten in iudicio vorgebrachten Umstände zu treffen und, falls sich daraus ergäbe, dass die Geltendmachung des Anspruchs wider Treu und Glauben verstosse, die Abweisung auszusprechen. Setzte also der Käufer der actio venditi des Verkäufers entgegen, dass er ihm fehlende Eigenschaften der Kaufsache betrüglich vorgespiegelt hätte, so zwang dieses Vorbringen den iudex, falls ihm dessen Wahrheit nachgewiesen wurde, die Klage abzuweisen. Ihrer rechtlichen Natur nach war die excpetio im römischen Recht eine „Ausnahme vom Kondemnationsbefehl“[1]), was seine Erklärung in der dem Formularprozess eigentümlichen Unterscheidung eines Verfahrens in iure und in iudicio findet.

Im gemeinen Recht, dem diese Unterscheidung unbekannt war, nahm die exceptio die Natur einer wahren Einrede an, d. h. des Rechts, die dem Begehren des Klägers entsprechende Leistung zu verweigern. In dieser Gestalt ist die exceptio doli auch in das B. G. B. übergegangen. Wir finden sie im § 853. Den allgemeinen Tatbestand dieses Paragraphen auf unseren Fall angewandt, ergibt folgendes. Hat sich der Käufer durch betrügliches Vorspiegeln nicht vorhandener Eigenschaften der Kaufsache zum Abschluss des Kaufes verleiten lassen und hat infolgedessen der Verkäufer die Forderung auf den Kaufpreis erlangt, so ist der Käufer berechtigt, die Zahlung des Kaufpreises zu verweigern. Diese Bestimmung bildet insofern eine Ergänzung aller sonst dem Käufer zu Gebote stehenden Schutzmittel, als er zur Zahlung des Kaufpreises selbst dann nicht verpflichtet ist, wenn die Ansprüche, mit denen er Schadensersatz oder Aufhebung des Kaufes verlangen könnte, verjährt sind; ohne diese Vorschrift müsste er zu dem Schaden, der ihm im übrigen erwachsen, auch noch den Kaufpreis zahlen. Während aber die Klagen dem Interesse des Käufers entsprechend bald auf Aufhebung des ganzen Vertrages, bald

---

[1]) Sohm, Institutionen. S. 340.

auf Schadensersatz unter Aufrechterhaltung desselben gerichtet sein können, muss sich aus der die Einrede des § 853 geltend machenden Erklärung des Käufers ergeben, dass er die Aufhebung des ganzen Vertrages verlange.[1])

§ 12.

Aus der im römischen Recht dem Käufer gegen die actio venditi des argentarius, der Sachen in der Auktion verkauft, aber noch nicht übergeben hatte, gewährten actio mercis nondum traditae entwickelte sich später für gegenseitige Verträge im allgemeinen die exceptio non adimpleti contractus. Nur eine Modifikation derselben ist die sogenannte exceptio non rite adimpleti contractus; „denn jeder Vertrag lässt nur eine Erfüllung zu, mangelhafte Erfüllung ist daher Nichterfüllung".[2]) Im Gegensatz zu jener setzt diese eine bereits erfolgte und angenommene Leistung voraus, deren Mangelhaftigkeit der Klage des Gegners gegenüber geltend gemacht wird. Daraus erklärt sich auch die verschiedene Verteilung der Beweislast in beiden Fällen. Hat nämlich der Kläger die ihm obliegende Leistung noch nicht erfüllt oder wird ihre Annahme vom Vertragsgegner wegen Unvollständigkeit verweigert, so trifft den Kläger die Beweislast hinsichtlich der gehörigen Erfüllung oder des gehörigen Angebots; ist die Leistung dagegen als Erfüllung angenommen, so hat der Beklagte die nichtgehörige Erfüllung zu beweisen. Das B. G. B., das im allgemeinen zwar keine Bestimmungen über die Verteilung der Beweislast trifft, setzt dies im § 363 ausdrücklich fest. „Eine unvollständige Leistung im Sinne des § 363 B. G. B. ist auch die mangelhafte Leistung".[3]) Tritt also der Käufer der Klage des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises mit der exceptio non rite adimpleti contractus entgegen und beweist er, dass der Kaufsache die vorgespiegelten Eigenschaften fehlen, so kann der Richter nach römischem und gemeinem Recht überhaupt keine Verurteilung, nach B. G. B. § 322 nur eine solche zur Erfüllung Zug um Zug aussprechen; der Käufer ist danach zur Zahlung des Kauf-

[1]) Fischer-Henle, § 853, Anm. 2, E. R. G. Bd. 60, S. 295.
[2]) Engelmann, des bürgerliche Recht Deutschlands, S. 204.
[3]) Fischer-Henle, § 363, Anm. 4. E. R. G. 57, 399.

preises erst verpflichtet, wenn der Verkäufer die Kaufsache mit den vorgespiegelten Eigenschaften versehen hat.

Der Verkäufer, der sich eines dolus schuldig gemacht hat, kann die Verurteilung des Käufers auf Zahlung des Kaufpreises unter Berufung auf § 320,2 B. G. B. selbst dann nicht verlangen, wenn die fehlenden Eigenschaften auch noch so „geringfügiger" Natur sind: denn dieser Paragraph verbietet die Verweigerung der Gegenleistung, wenn von der einen Seite bereits teilweise geleistet worden ist, nur dann, wenn diese Verweigerung gegen Treu und Glauben verstossen würde. Das ist aber m. E. dann nicht anzunehmen, wenn dem anderen Vertragsteil selbst unredliches Verhalten vorzuwerfen ist.

§ 13.

Ein Vergleich zwischen den Exceptionen und Actionen hinsichtlich ihrer praktischen Anwendbarkeit auf den Fall, dass der Verkäufer beim Abschluss des Kaufes nicht vorhandene Eigenschaften der Kaufsache betrüglich vorgespiegelt hat, führt zu folgender Unterscheidung. Die Zulässigkeit der exceptio doli und der exceptio non rite adimpleti contractus war trotz ihres allgemeinen Charakters schon im römischen Recht bei Rechtsgeschäften aller Art, mochten sie stricti iuris oder bonae fidei sein, anerkannt; bei Rechtsgeschäften der letzteren Gruppe, zu denen auch der Kauf gehörte, bildete die exceptio doli sozusagen ein naturale iudicii, was auch der Satz: „bonae fidei iudiciis exceptio doli inest" ausspricht. Dasselbe gilt im gemeinen und im heutigen Recht. Anders steht es mit den Actionen. Was das Verhältnis der allgemeinen gegen Betrug gerichteten Rechtsbehelfe zu den speziellen Kaufklagen anlangt, lassen sich die drei Perioden unterscheiden: im römischen Recht: Ausschluss der actio doli durch die actio emti; im gemeinen Recht: Kampf um die Zulässigkeit beider Arten nebeneinander; im B. G. B.: ihre Gleichstellung. Ihre Erklärung findet diese verschiedene Behandlung darin, dass das römische und mit ihm das gemeine Recht auf einem System von Klagen, das B. G. B. auf einem System von Rechten beruht. Indem also das römische Recht für die meisten ihm schutzbedürftig erscheinenden Rechtsverhält-

nisse besondere Klagen gewährte, beschränkten sich die allgemeinen Rechtsbehelfe auf diejenigen Fälle, deren nicht besonders gedacht war. Auf demselben Standpunkt steht im Prinzip das gemeine Recht. Das B. G. B. dagegen lässt einem jeden grundsätzlich freie Wahl, wie er ein ihm zustehendes Recht klageweise geltend machen will; es stellt die für Rechtsgeschäfte im allgemeinen gegebenen Bestimmungen voran und lässt die für bestimmte Kontrakte geltenden Vorschriften nachfolgen; ob freilich letztere als leges speciales die Anwendung der ersteren ausschliessen, ist im Einzelfalle aus dem Zweck der gegebenen Normen zu entnehmen.

Lebenslauf.

Am 5. Oktober 1889 wurde ich, Johannes Heckert, in Freystadt in Schles. als Sohn des Pastors Ernst Heckert und seiner Ehefrau Berta, geb. Runge, geboren.

Meine Schulbildung erhielt ich zunächst in Privatstunden, später auf dem Kgl. Gymnasium zu Bunzlau, das ich Ostern 1907 mit dem Reifezeugnis verliess.

Ich studierte 7 Semester die Rechte an den Universitäten Tübingen, Leipzig und Breslau.

Am 12. Dezember 1910 bestand ich am Kgl. Oberlandesgericht in Breslau die erste juristische Staatsprüfung und am 7. Februar 1911 vor der Hohen Juristischen Fakultät der Universität Breslau die mündliche Doktorprüfung.

Vom 30. Dezember 1910 ab war ich bei dem Kgl. Amtsgericht in Freystadt in Schles. als Referendar beschäftigt und bin seit dem 30. September 1911 dem Kgl. Landgericht in Hirschberg i. Schl. zur Ausbildung überwiesen.

Für die gütige Unterstützung bei der Abfassung meiner Dissertation spreche ich Herrn Professor Dr. Leonhard meinen besonderen Dank aus.